

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA
PREUVE DE LA PROPRIÉTÉ

ET
DE SES DÉMEMBREMENTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

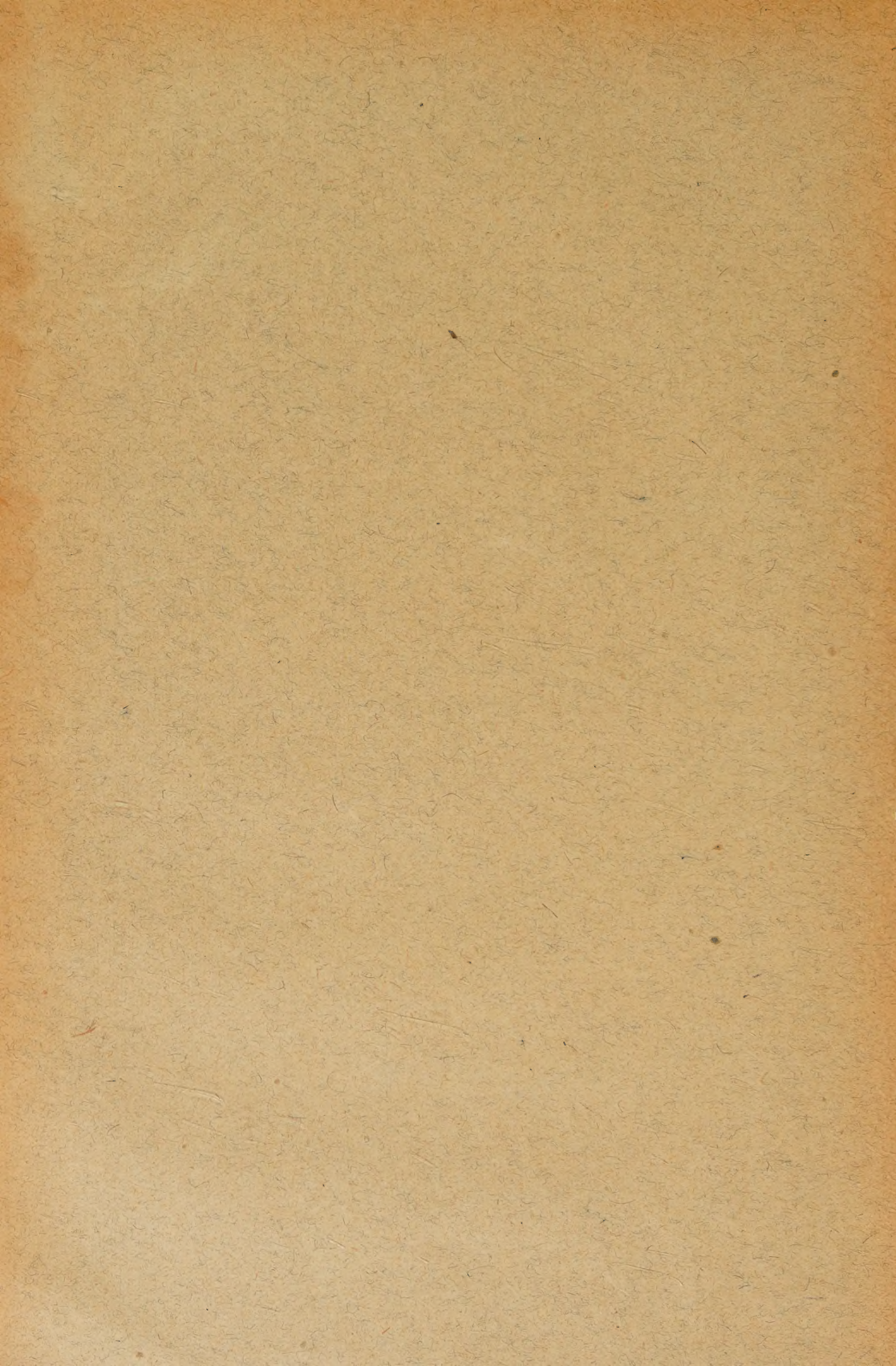
Présentée et soutenue le vendredi 13 juin 1913, à 1 h. 1/2

PAR
Virgile GROSSU

Président : M. PLANIOL, Professeur
Suffragants { *MM. LE POITTEVIN, Professeur*
 { *AMBROISE COLIN, Professeur*

PARIS (V^e)
M. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, rue Soufflot et 12, rue Toullier

1913



THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA
PREUVE DE LA PROPRIÉTÉ

ET
DE SES DÉMEMBREMENTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

Présentée et soutenue le vendredi 13 juin 1913, à 1 h. 1/2

PAR
Virgile GROSSU

Président : M. PLANIOL, *Professeur*
Suffragants { MM. LE POITTEVIN, *Professeur*
 AMBROISE COLIN, *Professeur*



PARIS (V^e)
M. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, rue Soufflot et 12, rue Toullier

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551415_0013

DE LA

PREUVE DE LA PROPRIÉTÉ

ET

DE SES DÉMEMBREMENTS

INTRODUCTION

La question de la preuve du droit de propriété — pour n'indiquer que le droit sur lequel les discussions ont le plus spécialement roulé — a été l'une des plus vivement débattues depuis la confection du Code et jusqu'à aujourd'hui.

Le droit de propriété immobilière, malgré sa grande importance, n'a, en effet, pas reçu des mains du législateur de 1804, l'organisation complète à laquelle on aurait pu s'attendre. Les différentes dispositions, qu'il a prises à cet égard, sont même loin d'indiquer chez lui l'intention arrêtée de regarder toutes les faces du problème et de trancher par des règles précises les diverses difficultés que l'examen attentif de ce droit n'aurait pas tardé de lui faire apparaître.

Admirateur fidèle de Pothier, le législateur de 1804 a parfois suivi ce grand jurisconsulte, même jusque dans ses erreurs juridiques, sans avoir toutefois — du moins dans cette question du droit de propriété — le mérite d'en avoir donné aussi comme lui les règles de la preuve.

Il y a eu là, sans aucun doute, une mégarde de la part du législateur, et il est permis de dire aussi, qu'elle a été très regrettable. On en jugera par la confusion qu'elle a produite dans les esprits.

En effet, le Code de 1804, en même temps qu'ensemble des règles à suivre en matière du droit civil, avait fait naître, dans certains esprits, la conviction que le Code civil constituait la seule source des dispositions que le juge était en droit d'appliquer aux litiges journaliers. En dehors de ces dispositions du Code, l'arbitraire pur, l'arbitraire dangereux !

L'idée, — nous le verrons par la suite, — n'est pas exacte.

D'autres voyaient plus clair. A leurs yeux, le Code était la source à laquelle il fallait s'adresser seulement quand il contenait des dispositions répondant à la question en litige ; en dehors de ça, s'adresser à la tradition historique, et à défaut de tradition historique, à l'équité.

Ce serait là — tout le monde est quant à ça d'accord — un heureux complément d'une codification qui, étant œuvre humaine, est nécessairement plus ou moins

incomplète, mais où les deux partis ne se trouvent plus d'accord, c'est quand le premier nie formellement au juge le droit d'avoir recours à ces deux moyens complémentaires, tandis que le deuxième le lui reconnaît volontiers.

C'est ce deuxième parti qui a prévalu devant la jurisprudence. Nous verrons que les raisons sur lesquelles il s'appuie ont une force certaine.

Quoiqu'il en fût, l'incertitude régnait dans les esprits ; on se disait : attendu que la jurisprudence ne s'appuie pas sur des articles du Code civil, ne pourrait-on pas la faire changer ? Et les espoirs des deux partis grandissaient ou diminuaient suivant que la jurisprudence, hésitante à certains moments, admettait ou repoussait la thèse des uns ou des autres.

Cette incertitude a été favorisée encore par la mauvaise volonté du législateur postérieur à celui de 1804, d'intervenir dans le débat et d'y mettre une fin. Témoin journalier à des discussions passionnées et infinies sur une question aussi importante que celle du droit de propriété, son devoir aurait été, certes, d'intervenir le plus tôt possible pour indiquer de quel côté était la vérité. Mais il n'a pas voulu le faire et cette mauvaise volonté a été, sans doute, prise pour une difficulté que le législateur éprouvait de choisir entre les deux doctrines.

Ceux qui interprétaient de la sorte l'attitude du légis-

lateur avaient — ça se voit aujourd'hui — tort. L'attitude du législateur s'expliquait par l'approbation qu'il entendait donner à la doctrine qui avait prévalu devant la jurisprudence : aujourd'hui que la jurisprudence est fixée depuis plus de trente ans, le silence du législateur aurait-il encore quelque sens, s'il entendait réprover la doctrine qui est actuellement appliquée par tous les tribunaux ?

Mais le législateur a eu tort aussi ; ce n'est pas là la meilleure façon de manifester son sentiment à l'égard d'une doctrine. Aujourd'hui nous le connaissons, son sentiment ; mais aussi nous a-t-il fallu pour en avoir la certitude, un délai de plus d'un siècle d'incertitudes !

Et si l'on réfléchit encore tant au rôle économique que social que joue la propriété immobilière dans notre société, on comprendra mal comment le législateur ne s'est pas encore laissé convaincre de la nécessité qui existe d'introduire dans la loi des mesures protectrices pour la propriété immobilière.

C'est grâce à ce silence que les discussions sur la preuve du droit de propriété se sont perpétuées et que la propriété a vécu sous un régime que beaucoup ont qualifié d'arbitraire.

Et si l'on pense que la tradition historique d'un côté, la nouvelle jurisprudence — celle qui prévalait devant les tribunaux depuis 1804 — de l'autre, fournissaient tout le matériel nécessaire à une codification de cette

matière, l'on se demande naturellement : qu'est-ce qui aurait été plus facile au législateur que d'asseoir la propriété sur des bases fermes, solides, inattaquables ? Il lui en aurait suffi simplement d'indiquer au moyen de quelques dispositions précises dans la loi, qu'il fait sienne la doctrine de la tradition historique suivie aussi par la jurisprudence.

Et il n'aurait même pas eu la peine de chercher une rédaction rigoureuse de ces divers articles, parce que la pratique a suffisamment mis en évidence tous les cas qui peuvent se présenter.

Comme je l'ai déjà dit plus haut, aujourd'hui, le débat peut être considéré comme vidé : la jurisprudence est invariablement fixée depuis déjà assez longtemps ; d'autre part, la doctrine de ses adversaires, des raisons desquels on a fini par faire justice, ne trouve plus de partisans à l'heure actuelle. Les arguments de la doctrine qui soutient la jurisprudence l'emportent toujours sur ceux de la doctrine qui la combat.

C'est pourquoi aujourd'hui la question de la preuve du droit de propriété ne soulève plus, comme avant, de discussions passionnées devant les tribunaux : les recueils de la jurisprudence en font preuve. Tout le débat tourne autour de faits matériels dont la signification est équivoque : tel fait matériel indique-t-il, du moins dans une mesure quelconque, la qualité de propriétaire chez celui qui l'a accompli ? Le talent et la

force de convaincre des parties se concentre sur ce point.

La question de principe ne se pose pas.

Cependant, il ne faudra pas se méprendre sur la valeur de cette jurisprudence ; même considérée dans son ensemble, elle n'a que la force d'un simple jugement. Elle ne lie pas le juge, comme le fait une disposition de la loi. Tel juge qui a décidé aujourd'hui d'une façon, pourra, sans se mettre en contradiction avec aucun texte de loi, décider demain le contraire.

On nous répondra peut-être que la jurisprudence aime beaucoup la tradition et qu'elle ne se dédira pas en abandonnant les décisions qu'elle a données pendant fort longtemps. Cela a une grande part de vérité, parce que la jurisprudence est conservatrice, et généralement elle ne demande pas mieux que de trouver sur les divers points en litige une certaine tradition qui lui facilite la tâche de trouver la solution du procès. Mais qui nous garantit qu'un jour cette jurisprudence ne changerait pas ? Car on en a vu des exemples : des jurisprudences établies depuis très longtemps se sont dédités, et les solutions diamétralement opposées ont prévalu devant les mêmes tribunaux !

Et quand même n'y aurait-il qu'un seul individu qui perdrait son droit de propriété devant des juges qui ne veulent plus de la jurisprudence actuelle, n'y a-t-il pas là une raison suffisante pour blâmer encore une fois le

législateur qui tarde toujours de manifester par une loi son sentiment à l'égard de cette question ?

Qu'on ne s'avise pas de nous dire qu'on pourra toujours se pourvoir en cassation et la Cour suprême ne manquera pas de censurer les décisions des tribunaux inférieurs qui se sont permis de méconnaître sa jurisprudence. Cet argument ne porterait pas, car nous savons qu'il y a tout d'abord grand nombre de petits procès qui ne valent même pas la peine d'être déduits devant la Cour de cassation ; ensuite, même parmi les affaires d'une certaine importance, il y en a qui n'arrivent pas jusque devant la Cour suprême, parce que les décisions des premiers tribunaux ont découragé les parties perdantes. Si bien que l'on donne à ces procès les solutions justement opposées à celles qui prévalent communément devant les autres tribunaux, et elles obtiennent force de chose jugée tout comme celles qui consacrent leur antithèse.

La nécessité d'une intervention législative dans cette matière de la preuve du droit de propriété, reste donc entière encore de nos jours.

C'est pourquoi l'on ne peut encore dire que le débat qui a eu lieu autour de cette si importante question, n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique. Tant que le législateur n'y aura pas dit son mot, la question gardera toujours son actualité. Quiconque voudra, pourra faire renaître le débat.

Et quand même ne voudrait-on plus y voir qu'un débat qui a passé dans le domaine de l'histoire, ce débat est tellement intéressant à étudier, que nous pourrions dire, sans crainte de nous tromper, qu'il forme une des plus belles pages de la lutte juridique des derniers temps.

Nous diviserons la matière en quatre chapitres :

Chapitre I^{er} donnera des « Notions historiques » sur la question.

Chapitre II exposera la « Jurisprudence ».

Chapitre III traitera de la « Doctrine » et analysera ses différents systèmes.

Chapitre IV indiquera les « Conclusions » qui se dégagent de l'examen de la question.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS HISTORIQUES

§ 1. — *Droit romain*

Le droit romain primitif n'avait connu qu'une seule action protégeant le droit de propriété : c'était la *reivindicatio*. Mais d'assez bonne heure, étant données les exigences pratiques, une autre action fut créée et vint s'asseoir à côté de la première : ce fut l'*actio in rem publicianā*.

Quels étaient les caractères de ces deux actions et quelles furent les nécessités pratiques qui poussèrent à la création de la deuxième action ? Nous en parlerons très succinctement.

La *reivindicatio*. — Cette action est la plus vieille, elle existe dès le début du droit romain. Il est naturel donc qu'elle soit empreinte du cachet de ces vieux temps peu avancés. La *reivindicatio* est, en effet, une action d'application étroite — elle ne protège que la propriété des choses romaines — et son exercice est astreint à l'observation de règles rigoureuses.

Le demandeur en revendication doit, pour avoir gain de cause, prouver les deux faits suivants : 1^o Que, au moment de la *litiscontestatio*, il a la propriété de la chose ; et s'il a acquis par un mode dérivé, il doit prouver aussi que son auteur était propriétaire, parce que celui-ci n'a pu lui transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même ; 2^o que le défendeur est en possession de la chose réclamée, car c'est précisément ce fait qui constitue la lésion du droit du demandeur (1).

Que pouvait-il faire, le défendeur ?

Celui-ci pouvait contester, soit en niant purement et simplement le droit de son adversaire, soit en soutenant qu'il est lui-même propriétaire de la chose, soit, sans contester le fondement de l'action, en invoquant diverses exceptions. (*præscriptio temporalis, exceptio rei judicatæ, reivenditæ et traditæ*, etc.)

On voit par cette brève indication des caractères de la *reivindicatio* que la situation du défendeur est extrêmement favorable, puisque le demandeur est astreint de faire la preuve complète de son droit, pendant que

1. Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, 418.

A cette dernière règle il y avait aussi deux exceptions ; le demandeur en revendication pouvait intenter son action contre des personnes qui ne possédaient pas la chose : 1^o contre un individu qui s'offrait au procès à la place du vrai possesseur, dans une intention malveillante (*liti se obtulit*) ; 2^o contre le possesseur de mauvaise foi, qui dans une intention frauduleuse ou par sa faute avait cessé de posséder (*qui dolo desūt possidere, qui dolo fecit quominus possideret*).

le défendeur n'est obligé à rien de plus, pour triompher de son adversaire — tant que celui-ci n'a pas fait la preuve complète de son droit — que de nier purement et simplement.

Il est vrai aussi, qu'au début, cet inconvénient n'était pas grand ; en effet, l'État étant peu étendu, les citoyens ne se déplaçant pas, les propriétaires des différents immeubles étaient nécessairement connus de leurs concitoyens et il y avait peu de chances qu'on se trompât sur la qualité de propriétaire chez ceux avec lesquels on contractait.

Et même à ceux qui n'étaient pas à même de connaître par eux-mêmes le véritable propriétaire, le *jus civile* fournissait un moyen de le reconnaître : c'était l'usucapion. Et, au début l'usucapion était très courte : deux ans pour les immeubles.

Ainsi sans aller jusqu'à couvrir l'arbitraire et les usurpations — dans les sociétés primitives si petites et si pauvres, qui aurait laissé pendant deux ans son immeuble aux mains d'un tiers sans droit ? — l'usucapion par deux ans asseyait la propriété immobilière sur des bases inébranlables.

L'actio in rem publiciana. — Mais, avec le temps, les conditions de vie changèrent. Le petit État romain d'autrefois grandit et devint plus tard le très grand empire qui s'étendait sur plusieurs continents. On ne se bor-

nait plus à conclure avec des gens qu'on connaissait de plus ou moins près, mais avec personnes qu'on voyait peut-être pour la première fois. Le développement des relations commerciales amenait d'autre part le besoin de célérité dans la conclusion des affaires.

Ainsi, d'un côté, le fait que le droit romain était encore imbu de formalisme et que pour transférer la propriété, les deux parties en cause devaient rigoureusement remplir certaines formalités exigées par le *jus civile*, d'un autre côté, le changement des conditions de vie, le besoin de contracter avec des personnes que le plus souvent on ne connaissait pas, entraînèrent forcément la disparition, chez les contractants, de cette certitude qui existait chez les membres de la société primitive sur la qualité de leurs cocontractants. Maintenant, on en éprouvait quelques doutes, mais on concluait l'affaire quand même.

Pourtant, il fallait que la propriété ne fût pas exposée aux entreprises malhonnêtes et aux usurpations. C'est ce qui a poussé le prêteur romain à chercher des mesures pour rendre ses assises aussi solides que possible.

Quelles ont été ces mesures? Cherchons-les.

Quand une *res Mancipi*, était aliénée sans observation des formes prescrites, par exemple : par tradition, la propriété quiritaire restait à l'aliénateur qui avait seulement le *nudum jus quiritium*, puisque la chose passait entre les mains de l'acquéreur qui l'avait *in bonis* et en

retirait tous les avantages. Alors si l'aliénateur intentait la revendication pour reprendre sa chose, l'acquéreur pouvait le faire débouter par *l'exceptio doli* ; mais si l'aliénateur avait transféré son *jus quiritium* à un tiers, l'acquéreur ne pouvait plus faire débouter celui-ci, parce que *l'exceptio doli* était une exception *personnelle*. Pour combler cette lacune on créa *l'exceptio reivenditæ et traditæ*. Mais celle-ci encore ne pouvait plus être opposée quand l'acquéreur avait perdu la possession de la chose avant d'avoir accompli l'usucapion (§ 4. *Instit. de act.* 4, 6). C'est pour combler cette nouvelle lacune que le préteur Publicius inventa la formule par laquelle il considérait l'acquéreur comme ayant déjà accompli l'usucapion, alors qu'il l'avait seulement commencée (*Inventa est a prætore actio, in quâ dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse.* § 4. *Instit.* 4, 6). Cette action fictive, inspirée toute d'équité (*ejusque rei argumentum est primo acquitas. L. 17. D. de public. in rem actione*, 6, 2), fut appelée *actio in rem publiciana* et c'était une *utilis reivindicatio*, puisqu'elle produisait tous les effets de cette dernière action (1).

Mais le possesseur de bonne foi avait aussi la possibilité de transformer au moyen de l'usucapion, son pouvoir sur la chose en *dominium ex jure quiritium*. Alors on lui accorda aussi l'action publicienne, avec cette dif-

1. Maynz, *op. cit.*, 92.

férence toutefois que le bonitaire pouvait intenter la publicienne contre tous, tandis que le possesseur de bonne foi ne pouvait le faire que contre les personnes ayant un droit inférieur au sien.

Et comme la possession de bonne foi ne demandait qu'une acquisition *ex justa causa*, cette considération devint dominante en cette matière et la publicienne fut accordée à tous ceux qui avaient obtenu des droits réels *ex justa causa*, même dans les hypothèses où l'acquisition ne pouvait point servir de base à l'usucapion.

Ainsi le dernier point de l'évolution de l'action publicienne dans le droit romain fut l'octroi de cette action à tous les acquéreurs *ex justa causa*.

Il restait, par suite, au demandeur dans la publicienne à prouver ces deux faits : 1^o qu'il a acquis la chose en vertu d'une juste cause* (à titre onéreux ou à titre gratuit); 2^o que le défendeur est en possession de la chose litigieuse.

La question du temps où l'on avait possédé la chose devenait donc indifférente.

Comparaison entre les deux actions. — Maintenant on peut se rendre compte de la différence qui existait entre la revendication et la publicienne romaines.

Dans la première, le demandeur devait prouver outre le juste titre de son acquisition, le droit de propriété en la personne de ses auteurs toutes les fois qu'il avait acquis la chose par un mode dérivé.

Dans la deuxième, le demandeur n'était plus astreint qu'à la preuve de son juste titre ; il devenait indifférent pour la solution du conflit, que ses auteurs eussent été ou non propriétaires. C'était là, par suite, un grand avantage du demandeur en la publicienne sur celui dans la revendication.

Mais l'action publicienne n'avait pas été créée pour rendre possibles les iniquités. Ses conditions d'exercice étaient plus relâchées non pour atteindre ce but, mais pour mieux réaliser le droit. Aussi fallait-il, pour ne pas tomber dans l'arbitraire, mettre dans la balance de la justice les droits respectifs du défendeur.

Qu'avait-il fait, au fond, le prêteur ?

Il avait considéré comme preuve complète de la propriété, ce qui n'en était qu'une partie. Prouver que le demandeur a possédé la chose en vertu d'une juste cause, est-ce là la preuve que ce même demandeur est devenu aussi propriétaire de la chose ? Certes, non ; car celui qui lui a transmis le droit aurait pu être étranger à la chose et son successeur n'en sera pas plus proche.

Alors comment se fait-il que le prêteur a trouvé suffisante cette preuve ? C'est que quand on achète une chose, l'acquéreur prend toujours des renseignements sur le véritable propriétaire, pour être sûr qu'il ne se trouve pas devant un mystificateur. Et alors, si l'acquéreur est de bonne foi — comme il est le cas ici —

dans la grande majorité des cas, celui avec lequel on traite est réellement propriétaire. C'est sur cette probabilité infiniment grande que repose tout le système de preuves du préteur en matière de propriété.

Avant donc une preuve absolue du droit de propriété était nécessaire ; à l'époque dont nous nous occupons cette preuve absolue a cédé la place à une probabilité : une probabilité très forte, il est vrai, mais toujours moins que la certitude absolue.

Si nous pouvions maintenant exprimer au moyen d'une comparaison l'œuvre du préteur, il nous faudrait dire qu'il a fait non un pas en avant, mais un pas en arrière ; le préteur n'a pas fait monter la preuve d'un degré, mais lui a fait descendre d'une marche. La preuve absolue reste invariablement au haut de l'échelle, tandis que la preuve prétorienne n'est que sur une marche en dessous. Par suite, entre deux personnes capables chacune de son côté de faire, l'une la preuve civile, l'autre la preuve prétorienne, aucun doute pour se décider d'un côté ou de l'autre ; c'est le propriétaire civil qui l'emportera.

Il n'y a là rien d'arbitraire ; au contraire, il est très juste et logique que celui qui vous fournit la preuve incontestable qu'il est le propriétaire d'une chose, l'emporte sur un autre qui ne vous en fournit qu'une probabilité.

Et c'est ce que le préteur romain a fait aussi.

Pour faire triompher le demandeur, il l'astreignait à produire la preuve d'un droit *supérieur* à celui du défendeur. « Elle (*l'actio in rem publiciana*) ne saurait aboutir, dit M. Mayuz (1) contre le vrai propriétaire, qui la repousserait en excipant de son droit de propriété, supérieur sans conteste à la simple possession de bonne foi (*exceptio dominii*) ».

Mais étant une fois sorti du domaine de la certitude, on se trouve nécessairement devant toute une échelle de probabilités : de la probabilité la moins forte jusqu'à celle qui touche de très près la certitude. Et les parties en litige en fournissent celle qui leur est plus facile ou qui seule leur est possible avec les moyens de preuve dont elles disposent. Or, ces probabilités diffèrent toujours. Alors la conséquence logique en est qu'entre deux présomptions de force inégale, la préférence doit être accordée à la plus forte. M. Mayuz (2) l'indique en ces termes :

« Par contre, elle (l'action publicienne) est donnée sans restriction contre le possesseur sans titre ou sans bonne foi.

» Mais qu'arrivera-t-il lorsqu'elle est intentée contre quelqu'un qui possède également *ad usucapionem* ? Dans ce conflit, si les deux parties tiennent leur droit

1. *Op. cit.*, t. 1, 92.

2. *Op. cit.*, t. 1, 92.

du même auteur, le jugement sera en faveur de celle à qui la tradition a été faite en premier lieu ; dans l cas contraire, la préférence est accordée à la partie qui se trouve en possession. »

Disons tout de suite que le principe de l'action publicienne introduit tout d'abord pour la revendication, a été étendu par la suite aux autres droits réels. Dans le dernier état du droit romain, la publicienne était donc d'une application générale.

De ce court exposé du système de preuves prétorien, on peut conclure :

1° Que le prêteur a été amené par la force des circonstances de se contenter, à la place de la preuve absolue du droit de propriété — preuve devenue de son temps très malaisée, sinon le plus souvent impossible, — d'une preuve moins rigide, à savoir celle d'une probabilité assez forte qu'on est le titulaire de ce droit ;

2° Que ce système de preuves n'était pas arbitraire ; en effet, il réserve toujours la priorité du droit supérieur. Vous faites, à votre tour, vous défendeur, la preuve complète du droit de propriété, alors que le demandeur n'en a fait que la preuve d'un droit probable. Le prêteur vous dira : Vous, défendeur, vous l'emporterez sur le demandeur. De plus, à situations égales, le prêteur donnait toujours préférence au défendeur : l'équilibre de la balance n'était donc pas détruit pour donner la raison à celui qui ne l'avait pas.

En somme, on peut dire que le système prétorien, résultat direct de l'expérience et des nécessités pratiques était aussi le seul rationnel.

Fusion des deux actions. — Ces deux actions, qui ont vécu si longtemps côte à côte, ont subi le même sort que les institutions qui leur servaient de fondement. La création de la publicienne était spécialement due à la distinction des deux propriétés : civile et prétorienne ; dès lors, la séparation de la revendication et de la publicienne n'avait plus de raison d'être alors que les deux propriétés ne différaient plus guère. Et elles ont suivi le même mouvement. Du temps de Justinien, les deux propriétés s'étant confondues, la revendication et la publicienne se confondirent aussi. Et, comme de la fusion des deux propriétés, il en sortit une avec des caractères tout prétoriens, de même l'action unique, résultat de la revendication et de la publicienne, eut des caractères purement prétoriens.

C'est dans cet état qu'elle devait passer dans l'ancien droit français.

§ 2. — *L'ancien droit français.*

L'ancien droit français se caractérise par avoir fidèlement suivi dans cette matière tant l'esprit que les règles mêmes du droit romain.

Les différents jurisconsultes de cette époque, émerveillés de la supériorité et de la puissance logique du droit romain, se sont tout d'abord appliqués à l'étude approfondie de ce droit ; après cette étude, ils ont commencé à l'enseigner à leurs contemporains ; d'ici celui-ci passa dans les cours de justice. Traduit aussi en coutumes, ce droit devenait la loi même.

Cependant, il est à remarquer que, si sur divers points le droit romain a subi certaines modifications, sur la question qui nous intéresse, il n'en a subi aucune. L'affirmation du principe de la publicienne est aussi forte dans le dernier état de l'ancien droit français que dans le droit romain. Pothier (1) nous en certifie :

« Quand même il serait constant que celui qui, par le titre que je produis, m'a vendu ou donné l'héritage que je revendique, n'en eût pas été le propriétaire, si je l'ai acquis de bonne foi, ayant eu sujet de croire que celui qui me vendait ou donnait cet héritage, dont je le voyais en possession, en était le propriétaire, ce titre sera seul suffisant pour fonder ma demande en revendication contre le possesseur, qui ne rapporte de son côté aucun titre. Il est vrai que je ne suis pas véritablement propriétaire de la chose que je revendique, celui qui me l'a vendue ou donnée n'ayant pu me transmettre un droit de propriété qu'il n'avait pas lui-même ; et qu'en con-

1. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, t. IX, n° 328.

séquence je ne puis avoir *actionem in rem directam*, mais j'ai *actionem in rem utilem seu publicianam*, que celui qui a perdu la possession d'une chose qu'il possédait de bonne foi, a contre celui qui se trouve en être en possession sans titre ».

C'est une affirmation qui ne permet aucun doute. Pothier, connaisseur profond du droit romain, fait même un peu de théorie en nous indiquant la distinction des actions directes et utiles, qui avaient disparu depuis de longs siècles.

Cela ne doit pas nous tromper et faire croire qu'une distinction qui n'existait plus même dans les dernières phases du droit romain, comme celle des actions directes et utiles, avait été ressuscitée et recevait application dans l'ancien droit français. La pratique française ne connaissait plus qu'une seule action : c'était l'action en revendication avec les caractères prétoriens qu'elle avait dans le droit romain. L'explication de Pothier, elle-même, n'est plus donc qu'une explication théorique, parce que, historiquement, elle n'est plus exacte.

Ainsi du temps de Charondas, on ne parlait pas de deux actions, mais d'une seule, la fusion de la revendication et de la publicienne étant considérée par eux aussi comme opérée depuis longtemps.

Charondas (1) nous dit, en effet : « Qui a acquis à

1. Charondas, Pandectes du droit français, livre IV, chap. XXI, p. 568.

juste titre et de bonne foi de celui qu'il estimait seigneur et propriétaire, s'il n'a pas prescrit, par le droit romain lui était donnée l'action prétorienne *quac publiciana dicitur*. . . . Mais comme le droit français ne s'arrête pas à la distinction des actions directes et utiles, aussi il ne reçoit l'usage de cette action, réputant la revendication suffisante, en laquelle les parties peuvent déduire et alléguer tous leurs droits et moyens ».

La même idée est exprimée aussi très clairement par Boutaric (1) : « Parmi nous, un possesseur de bonne foi, de quelque manière qu'il ait été dépossédé, n'aurait pas besoin de recourir à la fiction sur laquelle était fondée l'action publicienne..... il agirait sans difficulté ainsi et de même que le véritable propriétaire, dont le droit ne pourrait être opposé par le nouveau possesseur ».

C'est là la preuve indéniable que la pratique ne tenait plus compte de la fiction du droit romain, mais uniquement du résultat — système de preuves — auquel on était arrivé au moyen d'une fiction.

Enfin la preuve que la revendication avait passé dans l'ancien droit avec tous les caractères de la publicienne, nous est donnée aussi par Denizart. Dans son traité de la *Possession* il nous dit : (n° 8) « Possession seule suffit pour faire présumer qu'il est propriétaire et on ne peut la lui enlever qu'en justifiant d'un titre » et

1. Boutaric, *Institutions*, p. 534.

plus loin (n° 10) : « Quand le titre de celui qui attaque la possession n'est pas assez ancien pour qu'on puisse lui opposer la prescription, alors la possession ne suffit pas seule pour écarter la demande de celui qui se présente armé d'un titre ; il faut que le possesseur représente le sien ; et c'est dans ce cas un combat de titres qu'il faut juger ».

Il résulte de tout ce qu'on vient de dire que l'ancien droit présente la même face en cette matière que le droit romain.

L'action en revendication est soumise aux mêmes conditions d'exercice, les solutions sont les mêmes.

Et maintenant : ne serait-ce pas là l'indice que la question de la preuve de la propriété avait atteint déjà dans le droit romain un point très avancé de son évolution ? Nous le croyons volontiers.

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE

§ 1. — *Exposé*

Mais voilà le Code de 1804 !

Toutes ou presque toutes les matières civiles sont réglementées, mais relativement au mode de preuve des droits réels, le législateur ne dit rien ; rien non plus quant à son intention : dans les procès-verbaux des différentes séances on n'a pas fait allusion une seule fois à ce sujet.

Que fallait-il croire ? Avait-il entendu, le législateur, d'étendre les règles de preuve qu'il a posées à propos des *obligations*, aussi à la matière des droits réels, ou bien ce n'était là de sa part qu'une simple mégarde ?

La jurisprudence était embarrassée d'y répondre, mais elle a adopté encore dès le commencement l'opinion que le défaut de règles de preuve de la propriété ne peut pas être interprété comme la volonté tacite du législateur de soumettre les deux matières, des droits

réels et des obligations, aux mêmes règles de preuve. Et à défaut de dispositions de la loi, elle a suivi la tradition.

Certes, elle n'a pas eu à construire un tout, une doctrine ; prise par les besoins journaliers, elle s'est efforcée de solutionner les litiges au fur et à mesure qu'ils lui étaient portés et tant par la variété des questions à résoudre que par la variabilité des juges eux-mêmes, l'unité de vue y a été difficile à établir.

Aussi n'est-il pas d'un seul coup que s'est établie cette jurisprudence dont nous ferons voir tantôt la teneur. Nous ne l'exposerons que telle qu'elle apparaît aujourd'hui, après un siècle de luttes et d'incertitudes.

Jusqu'à aujourd'hui presque toutes les hypothèses se sont présentées devant la jurisprudence. Et rationnellement même il ne peut y avoir que les trois cas suivants :

1° Le demandeur en revendication produit à l'appui de sa demande un titre ; le défendeur en a aussi un ;

2° Le demandeur en revendication produit un titre, alors que le défendeur n'en a point ;

3° Ni le demandeur, ni le défendeur n'ont de titre.

Nous avons laissé de côté le cas où le demandeur n'aurait pas de titre, alors que le défendeur en a un ; il est à peine besoin de le dire que dans ce cas les prétentions du demandeur seraient repoussées par cette seule raison que ce demandeur n'ayant pas la possession, ni aucun titre, il ne peut faire valoir aucune pré-

somption de propriété à son profit ; cependant, le défendeur, rien que par son titre, prouve une transmission de propriété à son profit. Le demandeur est donc étranger à la chose alors que le défendeur prouve un droit de propriété. Il n'y a pas à choisir ; le demandeur doit être débouté de ses prétentions.

Nous envisagerons par la suite seulement les trois cas indiqués et pour la facilité de l'exposition nous renverserons même leur ordre :

Premier cas. — Le demandeur en revendication rapporte un titre alors que le défendeur n'en représente point.

Dans ce cas, la jurisprudence considère le demandeur comme ayant suffisamment justifié de son droit, pourvu que son titre soit antérieur à la possession du défendeur (1).

Si le titre n'est pas antérieur à la prise de possession du défendeur, il lui sera loisible de faire la preuve du droit de propriété de son auteur au moyen de la même justification : en prouvant, par conséquent, que le titre en vertu duquel possédait son auteur, était antérieur à la possession du défendeur (2).

1. En ce sens : Riom, 4 juillet 1857. S. 58. 2. 403. — Cass., 22 juin 1864. S. 64. 1. 349. — Rouen, 1^{er} février 1865. S. 66. 2. 180. — Cass., 27 décembre 1865. S. 66. 1. 205. — Cass., 13 juillet 1870. S. 70. 1. 397. — Aix, 29 février et 15 mars 1872. S. 73. 2. 49 et la note. — Cass., 14 juin 1904. D. 1905. 1. 8.

2. En ce sens : Cass., 27 décembre 1865. S. 1866. 1. 205.

Deuxième cas. — Ni le demandeur ni le défendeur ne rapportent de titre.

Le demandeur se borne à invoquer à l'appui de sa réclamation, soit d'anciens faits de possession, soit des présomptions tirées de l'état des lieux, etc.

Ici la jurisprudence distingue : *a)* si le défendeur a une possession exclusive et bien caractérisée, utile pour la prescription, il l'emporte sur le demandeur, quelques graves que puissent être les présomptions de fait militant en faveur du demandeur (1).

b) Si, au contraire, les faits de jouissance dont se prévaut le défendeur ne réunissent pas les qualités constitutives d'une possession utile pour prescrire, le juge peut tenir compte des indices de propriété puisés dans les circonstances de la cause, balancer entre elles les présomptions respectivement invoquées et accueillir ou rejeter la demande suivant le résultat de cet examen comparatif (2).

Troisième cas. — Le demandeur et le défendeur rapportent chacun de son côté un titre.

1. En ce sens : Cass., 22 novembre 1847. S. 48. 1. 24. — Cass., 9 décembre 1856. S. 57. 1. 588. — Cass., 10 janvier 1860. S. 60. 1. 340 ; D. 60. 1. 74 ; Req., 30 décembre 1872. S. 73. 1. 150. — Cass., 9 novembre 1886. D. 87. 1. 246.

2. En ce sens : Req., 31 juillet 1838. S. 39 1. 783. — Req., 13 juin 1838. S. 38. 1. 886. — Cass., 16 avril 1860. S. 60. 1. 801. — Req., 7 mars 1877. S. 78. 1. 340. — Cass., 10 août 1880. D. 80. 1. 309 et S. 81. 1. 117. — Cass., 19 janvier 1884. D. 84. 1. 314. — Orléans. 9 février 1884. D. 86. 2. 11. — Lyon, 2 mars 1887. D. 88. 2. 66. — Cass., 22 décembre 1891. D. 92. 1. 512.

Il n'y a pas, dans les recueils, de documents de jurisprudence concernant ce cas. Mais les auteurs qui soutiennent la jurisprudence, suivant en cela aussi Pothier, font les distinctions suivantes (c'est donc là ce que la jurisprudence devrait faire plutôt que ce qu'elle a déjà fait) :

a) Les deux titres émanent de la même personne ;

b) Les titres proviennent de personnes différentes.

Dans la première hypothèse, les auteurs préfèrent depuis la loi hypothécaire du 23 mars 1885, celui qui a le premier fait transcrire son titre d'acquisition (avant cette loi, la préférence aurait dû être accordée au titre le plus ancien).

Dans la deuxième hypothèse, les auteurs diffèrent d'opinions : l'accord n'a pas pu encore se faire dans la doctrine. La jurisprudence aurait, par suite, à choisir entre les différentes opinions que nous indiquerons plus tard à propos de la doctrine.

§ 2. — *Comment la jurisprudence justifie ses solutions ?*

Dans toutes ses solutions, la jurisprudence a affirmé un principe qui n'est pas exprimé dans le Code civil et qui est même pour cela vivement débattu par les auteurs : à savoir qu'un titre qui n'émane pas de l'adversaire, ni de son auteur, peut pourtant lui être valablement opposé.

Ce principe paraît contredire un autre : *res inter alios acta, aliis non nocet* contenu dans l'article 1165 du Code civil, qui régit la matière des obligations.

La question qui a été posée devant la jurisprudence était, par suite, celle-ci : l'article 1165 est-il d'une application générale, tant dans la matière des obligations que dans celle des droits réels, ou bien faut-il lui restreindre le champ d'application à la seule matière des obligations ?

Il ne faut pas se méprendre sur la valeur de ce point litigieux ; de la solution qu'on lui donnera, dépendra la solution du procès lui-même. En effet, si vous décidez qu'en vertu du principe *res inter alios acta*, je ne peux pas vous opposer le titre que je possède — qui n'émane ni de vous ni de votre auteur — la conséquence logique en est que je dois perdre mon procès, par cela même que mon titre, vous étant étranger, ne peut pas vous obliger à délaisser. Au contraire, si je peux vous l'opposer, vous serez lié par lui, et comme il affirme un droit de propriété à mon profit, le juge vous contraindra de me délaisser la propriété réclamée.

La jurisprudence s'est prononcée pour l'inapplicabilité de l'article 1165 en matière de propriété. Mais de quelle façon a-t-elle justifié son point de vue ? Cela est encore plus intéressant. Nous en citerons les considérants de quelques arrêts.

Ainsi un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 1864 (D. 64. 1. 482) dit :

« Attendu que le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties, puisque, de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre des tiers ».

De même, un autre arrêt de la Cour de Rouen du 1^{er} février 1865 (D. 66, 2. 171):

« Considérant que les actes (un partage et une adjudication) peuvent être opposés efficacement au défendeur, qu'en matière de contestation sur la propriété des biens, la qualité de tiers dans les titres sur lesquels reposent les droits de l'une des parties ne soustrait pas la partie adverse aux conséquences de ces titres; que, s'il en était autrement, l'impossibilité de faire concourir aux actes acquisitifs ou translatifs de propriété toutes les personnes pouvant être ultérieurement intéressées à repousser leur application, rendrait à tout jamais le droit du propriétaire incertain ou précaire ».

La jurisprudence ne cherche donc pas dans le Code civil même, les raisons de sa décision; au contraire, elle l'a fait étayer par une raison — qui est certainement vraie — mais qui n'est pas écrite dans la loi. Elle trouve qu'un titre de propriété doit avoir valeur à l'égard de tout le monde, par cela même qu'il est impossible de

faire concourir tout le monde à des actes ne le concernant pas. Or, les droits réels sont opposables à tout le monde. Si on ne rendait donc pas les actes constatant la propriété, opposables à tout le monde, la propriété elle-même ne serait plus opposable aux tiers, et alors elle perdrait ses caractères fondamentaux.

C'est là le raisonnement de la jurisprudence.

En dehors de ce premier point, de l'applicabilité ou de l'inapplicabilité de l'article 1165 en matière de propriété la jurisprudence a été amenée à se prononcer sur d'autres questions, qui formaient autant d'obstacles aux solutions qu'elle voulait donner. Il y a eu ainsi ces deux questions :

1^o Faut-il entendre par *titre*, ici en matière de preuve de la propriété, la même chose qu'en matière d'usurpation, ou bien pourrait-on lui donner dans le premier cas un sens plus étendu ?

2^o L'article 1353 du Code civil qui restreint l'admission comme preuve des présomptions de l'homme seulement aux cas où est admise aussi la preuve testimoniale, est-il spécial aux obligations ou faut-il lui faire application aussi en matière de propriété ?

Sur le premier point, la jurisprudence s'est montrée libérale ; elle a octroyé au mot *titre* un sens plus large qu'en matière d'usucapion, en y comprenant non seulement les actes translatifs de propriété mais aussi les jugements et les partages.

Quelles en sont ses raisons ?

Voici un arrêt assez vieux de la Cour de cassation du 27 décembre 1865 (D. 66. 4. 5.) qui nous parle de la question :

« Attendu. en droit, que la propriété étant un droit réel, l'arrêt qui déclare un individu propriétaire équivaut à un titre, susceptible comme tout autre titre, d'être opposé à tous par celui qui l'a obtenu ; que, sans doute, l'autorité de la chose jugée étant limitée par l'article 1351 aux seules parties en cause, un tel arrêt ne saurait être opposé aux tiers avec l'autorité de la chose jugée, mais qu'il n'en est pas moins un titre ».

L'assimilation est donc complète entre le jugement et un titre quelconque (translatif de propriété) mais pas plus après la lecture de l'arrêt qu'avant, nous ne savons quelles sont les raisons qui ont poussé la jurisprudence d'embrasser cette opinion plutôt que l'autre.

C'est que l'arrêt manque totalement d'argumentation ; il se borne à une simple affirmation de principes dénuée de valeur.

Et ce n'est pas là une exception ; les autres arrêts ne sont pas plus complets ; au contraire, ils sont aussi faiblement motivés les uns que les autres.

Sur le deuxième point, la jurisprudence écarte résolument l'applicabilité de l'article 1353 du Code civil en matière de propriété, mais elle se soucie aussi peu de motiver ses arrêts sur ce point que sur le point anté-

rieur. Nous nous en convaincront par la lecture des considérants de l'arrêt suivant (1).

« Attendu que l'arrêt attaqué constate en fait que l'appelant et l'intimé ne présentaient aucun titre à l'appui de leurs prétentions respectives et que la possession invoquée de part et d'autre était insuffisante pour établir la prescription ; que celle de l'appelant particulièrement (le défendeur) était incertaine, équivoque et clandestine ; que dans cette position, la Cour impériale de Nîmes a dû nécessairement rechercher dans les faits et circonstances du procès des indices de propriété et des éléments de décision qu'il lui était impossible de rencontrer ailleurs ; qu'en se fondant par suite pour reconnaître le droit des époux..., sur une possession mieux caractérisée que celle de..., sur les énonciations du cadastre, le paiement de l'impôt, la déclaration des témoins, la topographie des lieux et le plan de l'expert, cette Cour n'a fait qu'apprécier les présomptions abandonnées par le législateur aux lumières et à la prudence des magistrats, et n'a violé aucune loi ».

Voilà aussi les conclusions d'un arrêt de Poitiers du 21 juin 1833 (S., 35, 1, 70) :

« Considérant que si les enquêtes et contre-enquêtes..., etc.

« Considérant que ces faits ne sont pas indicatifs seulement d'une servitude, qu'ils sont probatifs de propriété

1. Cass. 16 avril 1860. D. 60, 1. 251.

en faveur du sieur..., à défaut de titres et autres preuves contraires ».

L'opinion de la jurisprudence est donc qu'en matière de droits réels, les présomptions de l'homme peuvent être admises non seulement dans les litiges dont la valeur ne dépasse pas 150 francs, mais dans tous les litiges, quelle que soit la valeur de l'immeuble revendu. L'article 1353 est, par suite, écrit spécialement en vue de la matière des obligations.

Est il besoin de le dire encore, qu'une fois de plus, la jurisprudence ne donne aucune raison de ses solutions ?

La jurisprudence a donc un point de vue ; elle veut se rattacher à la tradition historique, mais il paraît qu'elle l'a fait plutôt inconsciemment que d'une volonté éclairée.

En effet, on ne voit nulle part la mention de l'état de droit antérieur au code de 1804, et aucun arrêt ne cherche son appui juridique dans un état conforme à ses propres vues.

Craignait-elle de ne pouvoir trouver dans cette tradition historique toute l'autorité qui devait entourer ses décisions ? La crainte aurait été injustifiée. En tout cas, en ne motivant ses décisions d'aucune façon, elle a fait, au point de vue juridique, œuvre encore plus faible, plus critiquable.

CHAPITRE III

- DOCTRINE

§ 1. — *Rôle de la doctrine*

La jurisprudence a, sans doute, une grande valeur, par cela que c'est le droit appliqué, le droit vivant. On doit par suite en tenir compte, surtout par les solutions qu'elle donne, car de celles-ci, qu'elles soient bonnes ou mauvaises, dépend l'existence de nos droits.

Je me vois par exemple reconnaître un droit par une disposition de la loi : mais la jurisprudence, en dépit de toute la clarté du texte, reconnaît à la suite d'une interprétation particulière, le droit à mon adversaire. Mon droit a disparu, car on ne peut le considérer comme existant tant qu'il n'est pas reconnu comme tel par les tribunaux.

Ainsi les solutions de la jurisprudence sont intéressantes tout au moins parce que c'est le droit viril pour la réalisation duquel on peut avoir recours à la force publique. Parfois même il y a plus : les arrêts des tri-

bunaux constituent des pages admirables de pénétration et d'analyse fine des textes.

Mais pour la question qui nous préoccupe, de la preuve de la propriété, c'en est tout juste ce que nous avons dit au début : la jurisprudence ne vaut que par la force légale dont sont armées toutes ses décisions.

La doctrine est autrement intéressante. Œuvre d'esprits d'une culture vaste et d'une connaissance approfondie du droit, elle présente une très grande valeur d'abord parce qu'elle n'est pas une œuvre hâtive ; au contraire, elle est toujours le résultat mûrement réfléchi des recherches des jurisconsultes dans les diverses questions débattues.

D'autre part, n'y ayant pas de hiérarchie, et les opinions ayant une très large publicité, ne prévalent dans la doctrine que les idées le plus fortement étayées, les doctrines le plus juridiquement construites.

C'est de ce dernier caractère surtout que la doctrine tire toute son importance, le premier ne fait que la lui grandir davantage.

Mais, dans la question de la preuve de la propriété, la doctrine devient spécialement intéressante par le grand débat qu'elle a ouvert sur cette question. Tous les grands jurisconsultes des derniers temps ont pris part à la discussion et tous ont développé le plus beau talent dans la défense de leurs thèses. La cause n'a pu qu'à en gagner.

Mais il y a encore plus : on peut dire que si la jurisprudence actuelle a pu se maintenir à travers un siècle, ce l'est grâce à la doctrine, et jamais à elle-même. Nous venons de voir, en effet, que les décisions de la jurisprudence sont très faiblement motivées et que celles même qu'elle a essayé de justifier contiennent des raisons capable plutôt de décider le législateur que d'entraîner le juge. A elle seule, la jurisprudence aurait certainement succombé devant les àpres critiques d'une partie de la doctrine. C'est alors que l'autre partie de la doctrine est entrée en scène et a fourni à la jurisprudence l'appui dont elle ne pouvait plus se passer.

La doctrine a fait voir les raisons juridiques qui plaident pour la jurisprudence, que celle-ci ne savait pas trouver ; elle a montré aussi qu'elles sont ces raisons, tellement fortes qu'il n'y a pas à choisir entre le système de preuves adopté par la jurisprudence et celui de ses adversaires, mais qu'il faut résolument se mettre du côté du premier.

Voilà le rôle de la doctrine ; il a été réellement grand.

Dans la question qui nous préoccupe, plus que dans toute autre, la doctrine et la jurisprudence sont allées la main dans la main et se sont complétées : l'une apportait la force juridique, fondement indispensable de toute décision de la justice ; l'autre prêtait l'autorité dont elle est investie. Le tout est devenu une doctrine,

qui, sans être sanctionnée par le législateur, remplace aujourd'hui les textes de loi.

Il est par suite intéressant de voir comment la doctrine a tenu ce rôle si difficile. Aussi son exposé devient-il nécessaire.

§ 2. — *Position de la question*

Mais avant de passer à l'exposition de la doctrine, il est nécessaire de savoir dans quels termes s'est posée la question.

Il leur fallait, en effet, depuis 1804, aux jurisconsultes, avant de pouvoir se décider pour un système de preuves ou pour un autre, il leur fallait, je dis, résoudre une question préjudicielle.

Nous avons vu que l'ancien droit français a gardé dans son intégralité le principe de la publicienne. Nous sommes donc sûrs que, jusqu'en 1804, les tribunaux appliquaient ce principe relativement à la preuve de la propriété. Mais depuis, comme ce principe n'est nulle part écrit dans la loi, fallait-il l'appliquer encore?

La question préjudicielle était donc celle-ci : les principes de la publicienne ont-ils ou non, été conservés par notre code de 1804? Et la conséquence en aurait été que si l'on admettait que ces principes, ont été conservés par notre droit, la preuve, non d'une propriété absolue, mais d'une propriété probable, serait suffisante, tandis

que si l'on croyait que ces principes avaient été écartés, la preuve d'une propriété probable ne serait plus suffisante et il faudrait en revenir à la preuve absolue du droit primitif romain.

Ceci tranchait donc toute difficulté ultérieure.

Mais sur cette question, les auteurs se sont divisés :

Les uns, Laurent en tête, nient l'existence de l'action publicienne de nos jours.

Les autres, plus nombreux que les premiers, en admettent la survivance, soit avec certaines retouches, soit purement et simplement. Ceux-ci forment, par suite, deux nouveaux groupes.

Nous respecterons cette division dans l'exposition que nous ferons de leurs opinions.

§ 3. — *Système de M. Laurent*

M. Laurent, est le partisan résolu de la disparition de notre code de la publicienne et son raisonnement se résume en deux mots : elle n'existe plus parce que le code ne la mentionne pas.

Voilà ce qu'il nous dit (1) : « La plupart des auteurs français enseignent que la publicienne existe encore dans le droit moderne. Cela est inadmissible. Il suffit de lire la définition de la publicienne que nous avons emprun-

1. Laurent, *Principes de droit civil*, 3^e édit., t. VI, n° 156.

tée aux Instituts pour se convaincre que cette action repose sur une fiction ; on feint que la prescription est accomplie, bien qu'elle en le soit pas. Or, appartient-il à l'interprète de créer une propriété fictive et de la munir d'une action ? Non, certes. Cela décide la question. Rien de plus faible que les raisons que l'on invoque pour maintenir la publicienne. Elle est conforme à l'équité, dit-on ; soit, mais l'équité suffit-elle pour créer des fictions et des actions ? On invoque l'autorité de Pothier ; il est vrai qu'il admettait la publicienne (1). Pothier dit aussi que cette action est fondée sur l'équité ; en effet, l'équité veut que celui qui est le juste possesseur d'une chose, et qui, quoiqu'il n'en soit pas encore le propriétaire, est en chemin de le devenir, soit préféré pour avoir cette chose, lorsqu'il en a perdu la possession, à un usurpateur qui s'en est mis injustement en possession. Sous l'ancien droit les jurisconsultes pouvaient se baser sur l'équité, car ils n'étaient pas liés par des textes de loi, comme nous le sommes, et le droit romain avait alors une autorité, même dans les pays coutumiers, qu'il n'a plus aujourd'hui. puisqu'il est abrogé.

« Il faudrait donc prouver que les auteurs du Code civil ont voulu maintenir la publicienne, et pour cela il faudrait un texte, puisqu'il s'agit d'une fiction ;

1. *Du domaine de propriété*, n° 292.

c'est-à-dire d'une exception. Le silence du Code Napoléon suffit pour décider la question ».

Je ne suis pas de l'opinion de M. Laurent. À mon avis, il pose mal la question, ou pour employer l'expression de M. Appleton, il confond le *moyen* avec le *résultat*.

Il ne s'agit pas ici, en effet, de l'existence d'une fiction qu'on ne saurait admettre en dehors d'un texte précis de la loi. Cette fiction a été employée au début par le préteur romain pour satisfaire à une exigence de la loi civile, mais le but du préteur n'a pas été de créer une fiction, qui en définitive n'aurait servi à rien, mais de créer un système de preuves plus faciles. Cette fiction de l'usucapion accomplie a été le moyen de faire baisser d'un degré la preuve de la propriété : le préteur voulait qu'on passât de la preuve absolue de la propriété — très difficile dans la pratique — à la preuve d'une propriété assez probable. Une fois le but atteint, le résultat entré dans la pratique, on n'a plus eu que faire de la fiction, et on n'en a plus parlé. Déjà du temps de Justinien, il n'y avait plus d'actions fictives. « La fiction désormais inutile, dit M. Appleton, a disparu comme l'échafaudage après l'édifice construit ».

La pratique des derniers temps même du droit romain ne connaissait pas la fiction dont on ne parlait déjà plus, mais ce système de preuves de la propriété, qui se contente d'une probabilité assez forte à la place de la certitude absolue.

Lorsque donc la question de l'existence de la publicienne se pose aujourd'hui, ce n'est pas la question du moyen y employé qu'il faut résoudre ; il ne s'agit pas de savoir si aujourd'hui nous pourrions encore créer des fictions comme le faisait le prêteur romain , mais simplement de savoir si nous devons encore admettre ou écarter ce système de preuves auquel le prêteur était arrivé au moyen de cette fiction.

Par la publicienne, il nous faut, par suite, entendre le *résultat* obtenu par le prêteur et non la fiction qui n'a été employée par lui que pour atteindre ce résultat. La publicienne est l'édifice et non le matériel de construction.

En dehors de cette première remarque, nous avons encore une autre observation à faire : M. Laurent dit à la fin du paragraphe cité : « Le silence du Code Napoléon *suffit* pour décider la question. »

Cette façon d'interpréter le silence du législateur est inexacte. Lorsque le législateur garde le silence sur une question, généralement il n'y prend aucune position : il ne dit ni oui, ni non ; il n'y a pas pensé. C'est donc mal interpréter l'intention du législateur que de dire : puisqu'il n'a pas voulu manifester son sentiment quant à la question, c'est qu'il condamne les opinions en cours. Son silence peut s'expliquer de deux façons : soit par la réprobation qu'il entend donner tacitement

aux solutions jusqu'alors en cours, soit par une simple mégarde de la question.

Par suite quand on embrasse une de ces deux façons de voir, il faut en donner aussi les raisons ; sans quoi votre opinion est arbitraire.

Cependant, M. Laurent ne veut pas reconnaître que le silence du législateur n'est pas concluant ; pour lui, le législateur a entendu condamner tout ce qu'il n'a pas dit. C'est un raisonnement tellement singulier, qu'il n'est même pas nécessaire d'y insister. L'explication que j'ai fournie sur le silence du législateur suffit.

Quelle est donc la doctrine de M. Laurent en matière de preuve de la propriété ?

Ses conclusions s'imposaient. Il exige du demandeur en revendication, tout comme dans le droit romain primitif, puisqu'il n'admet pas l'existence dans le droit moderne de la publicienne, la preuve complète de son droit de propriété. Le défendeur n'a rien à dire ; il attendra, sans mot dire, que son adversaire fasse la preuve absolue de son droit ; faute de quoi, celui-ci devra succomber, comme n'ayant pas prouvé conformément à l'article 1315 le fondement de sa demande.

Comment devra-t-il faire sa preuve, le demandeur ?

M. Laurent nous le dit. Il nous indique tout d'abord un moyen sur lequel tout le monde tombe d'accord : l'usucapion. C'est, du reste, là un des modes d'acquisition de la propriété prévus par le code (art. 712).

Écoutons M. Laurent (1) : « Celui qui agit en revendication peut invoquer la prescription. Quant à l'usucapion, cela ne fait pas de doute, puisqu'elle est acquisitive de propriété. Dans notre droit moderne, il en est de même de la prescription trentenaire (art. 2219). C'est la plus incontestable des preuves, puisque le défendeur ne peut pas la combattre comme il le peut quand le demandeur allègue un titre. Il faut, bien entendu, que la possession réunisse les caractères exigés par la loi, pour que la possession puisse conduire à la prescription (art. 2229). »

Il s'occupe ensuite du cas, de beaucoup plus fréquent que le précédent, où le demandeur ne pourrait pas invoquer la prescription. C'est ici qu'il donne la solution que nous avons indiquée plus haut.

Voilà ce qu'il nous dit (2) : « Comment le demandeur établira-t-il son droit de propriété, s'il ne peut pas invoquer la prescription, ni en sa personne, ni dans la personne de son auteur? D'après la rigueur des principes, il faut décider qu'il doit succomber, par application de la règle écrite dans l'article 1315 que le demandeur doit prouver le fondement de sa demande, d'où suit que s'il ne fait pas cette preuve, il perd sa cause. »

Et prenant position résolue dans la question, il répond à ses adversaires : « On convient que telle est la pure

1. Laurent, *op. cit.*, n° 168.

2. *Op. cit.*, n° 169.

théorie (1). L'expression n'est pas exacte ; il ne s'agit pas d'une pure théorie, mais d'un principe fondamental de droit, principe qui s'applique sans contestation aucune aux obligations et qui doit aussi s'appliquer aux droits réels, à moins qu'on ne trouve une dérogation dans la loi. Cette dérogation existe-t-elle ? Le droit romain l'admettait sous le nom *d'action publicienne* ; l'ancien droit l'admettait également ; mais le droit antérieur au code est abrogé. C'est donc dans le code qu'il faut chercher la dérogation à un principe que le code formule. Mais on l'y chercherait vainement. La jurisprudence l'a consacrée, et Aubry et Rau ont essayé de la justifier ; nous croyons qu'ils n'ont prouvé qu'une chose : c'est qu'il y a lacune dans la loi. Quant aux principes mêmes sur lesquels repose la jurisprudence, cela nous paraît évident. « Une preuve aussi rigoureuse, dit-on, se concilierait difficilement avec *les exigences de la pratique* ». Depuis quand les exigences de la pratique ont-elles la puissance de déroger à des textes de loi ? Ou ce qui revient au même, de créer des principes exceptionnels, partant de faire la loi ? On ajoute « qu'il semble, au point de vue de l'équité, qu'on ne peut réclamer du revendiquant que la preuve d'un *droit meilleur ou plus probable* que celui du défendeur ». Nous renvoyons *l'équité* avec les *exigences de la pratique* au législateur ; lui seul peut l'écouter, l'interprète

1. Aubry et Rau, t. II, p. 391 et note 6.

est enchaîné par les textes et par les principes qu'ils formulent. Voilà pourquoi nous récusons aussi l'autorité de Pothier en cette matière ; c'est parce que la théorie de la publicienne ou d'un droit meilleur du revendiquant, n'a d'autre base que l'équité que nous ne pouvons pas l'admettre. Pothier décide à chaque pas d'après l'équité ; sous l'empire d'un code cela n'est plus permis à l'interprète. On invoque alors la présomption de propriété attachée à la possession ; nous avons d'avance rejeté cette prétendue présomption, parce qu'il n'y a pas de présomption sans texte. En désespoir de cause, on fait appel à « l'esprit général de notre législation » : nous répondons que l'esprit de la loi peut bien nous aider à interpréter les textes, mais il n'a pas la puissance de créer des lois et des principes. En définitive, la doctrine d'un *droit meilleur* doit être rejetée par cela seul qu'elle n'est pas consacrée par le code. »

Nous sommes bien d'accord avec M. Laurent, là où il nous enseigne que « l'interprète est enchaîné par les textes et par les principes qu'ils formulent ». C'est une vérité au-dessus de toute contestation et que tout le monde admet. A une condition toutefois : que ces textes existent et que les principes en question soient formulés. Car si l'on pouvait mettre une question embarrassante à quelqu'un, ce serait certainement de nous montrer quels sont les textes et les principes qui régissent la preuve de la propriété.

M. Laurent, en nous disant cela, pense, sans aucun doute, à certaines règles qui, pour lui, bien qu'écrites en matière des obligations, doivent s'appliquer aussi en matière de propriété ; seulement, tout le monde ne tombe pas d'accord avec lui sur cette dernière affirmation. Pour ceux-ci, les règles écrites pour la matière des obligations sont spéciales à cette matière et ne doivent pas être appliquées en matière de propriété. Et ils en donnent les raisons que nous ferons voir tout à l'heure.

Mais avant, nous ne devons pas laisser passer, sans la relever, une affirmation de moins d'importance que la précédente mais dont il convient cependant de faire justice.

Ainsi M. Laurent affirme que « le droit antérieur au code est abrogé ». Ainsi conçue, cette pensée est inexacte. La loi du 30 ventôse an XII, qui a réuni les trente-six lois du Code civil en un seul corps, contient bien, il est vrai, une disposition (l'art. 7) qui abroge l'ancien droit, mais elle ne s'exprime pas d'une façon aussi absolue que M. Laurent le prétend. L'article 7 dit, en effet : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts et les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, *dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code* ».

Comme le dit donc très bien M. Planiol (1) « l'ancien

1. *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 82.

droit lui-même n'est abrogé que pour les matières dont le code s'est occupé. Par conséquent, s'il existe une matière de droit privé dont il n'est point traité dans le code, on se peut reporter à l'ancien droit, à moins qu'il n'y ait eu dans le droit intermédiaire une loi réglant à nouveau la question. Encore faudrait-il voir si les règles anciennes sont compatibles avec les dispositions générales du code, sans quoi elles se trouveraient abrogées tacitement ».

Il peut, par suite, y avoir des matières où l'ancien droit n'est pas abrogé, des occasions où, au contraire, il doit être considéré comme toujours en vigueur. L'affirmation de M. Laurent, étant trop absolue, est donc inexacte.

Maintenant si l'on voulait aller plus loin pour envisager la question de la preuve de la propriété à travers ces principes, il ne serait pas difficile de s'apercevoir, d'une part, que la question qui nous préoccupe n'a point fait l'objet des préoccupations du législateur. « Il est impossible, dit M. Debrand (1), de rencontrer dans le chapitre VI, relatif à la preuve, une seule solution qui ait en vue de régir spécialement la preuve de la propriété. N'est-il pas clair, dès lors, que le législateur ne s'en est pas occupé ? »

C'est, en effet, une matière dont le législateur n'a

1. *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. III, 1893.

nullement parlé. Plus encore : il n'y a même jamais fait allusion.

Cela est tellement évident que M. Laurent lui-même le reconnaît : il dit à propos de la doctrine de MM. Aubry et Rau : « nous croyons qu'ils n'ont prouvé qu'une chose, c'est qu'il y a lacune dans la loi ».

D'autre part, la question qui n'a pas été réglée non plus par le droit intermédiaire, avait reçu un système de preuves, qui ne portent nullement atteinte aux principes nouveaux du Code civil.

Dans ces conditions, on ne peut pas soutenir que le principe de la publicienne, existant dans l'ancien droit, a été abrogé par cela seulement qu'il n'a pas été reproduit par le Code civil.

Par contre, l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII consacre l'opinion justement opposée.

Mais nous possédons encore, exprimée de la façon la plus précise, la pensée des rédacteurs du Code de 1804. Ces rédacteurs « n'ont pas eu la prétention d'y (dans le Code) faire entrer tout le droit, ils ont entendu conserver, sans avoir besoin de les formuler expressément, cette énorme quantité de principes applicables à toute époque, au milieu desquels ils avaient vécu et qui étaient devenus partie intégrante de leur intelligence juridique » (1).

1. Appleton, *De la revendication et de la publicienne en droit français* : (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, t. XVIII, n° 383).

Portalis dans son *Discours préliminaire sur le Code civil* le dit : « A défaut de textes précis..... un usage ancien..... tiennent lieu de loi » (1).

Les rédacteurs du code s'étaient, en effet, rendu compte de la tâche lourde qu'ils avaient assumée et la crainte de ne pouvoir toucher à toutes les matières du code, leur avait fait faire, à plusieurs reprises, des déclarations qu'il faudra se reporter à l'ancien droit toutes les fois qu'on rencontrera une matière qui n'a pas été réglée par eux.

Et, réellement, quoi de plus naturel que ces déclarations, alors qu'on sait que le Code civil a été lui-même rédigé avec les matériaux de l'ancien droit, sauf sur quelques points sur lesquels les rédacteurs avaient certainement épuisé leurs tendances novatrices?

La question de la preuve de la propriété n'a été nulle part traitée par le législateur ; cela nous permettrait, par suite, d'affirmer que le principe de la publicienne, qui la régissait dans l'ancien droit, subsiste encore de nos jours.

Cependant on pourrait — tout en tombant d'accord avec nous qu'il n'y a pas de règles écrites spécialement pour la preuve de la propriété — nous objecter, comme le fait M. Laurent, que les dispositions comprises dans le chapitre VI (titre III, livre III) sont d'une application

1. Loqué, t. I, p. 257 et n° 9.

générale, devant régir aussi Lien la preuve des obligations que celle des droits réels.

Avec cela nous revenons à notre question de tout à l'heure.

Voyons si le défaut de règles de preuve de la propriété peut s'expliquer par la volonté tacite, que le législateur aurait eue, de soumettre les deux matières, des obligations et des droits réels, au même mode de preuves.

Il est certain tout d'abord que les rédacteurs du code n'ignoraient point que de leur temps, la propriété et les obligations n'étaient pas soumises au même système de preuves : la propriété était régie, quant à sa preuve, — comme nous l'avons montré — par les principes de la publicienne ; les obligations, par les règles qui ont passé ensuite dans le code de 1804.

D'autre part, le système de preuves de la propriété n'était pas arbitraire, ayant pour base le principe du droit meilleur, il n'était pas contesté et personne n'avait élevé des réclamations à son encontre.

Dès lors, quand les rédacteurs n'ont, à aucun moment manifesté une tendance novatrice sur ce point — les procès-verbaux des séances et leurs discours en font la preuve, — comment supposer chez eux l'intention de fondre dans un seul les deux systèmes de preuves si disparates ? A mon avis, si les rédacteurs avaient eu cette intention, ils n'auraient pas manqué de le dire, car la question aurait sûrement valu la peine d'en dire un mot. Or, ils ne l'ont pas fait.

Remarquons aussi que M. Laurent ne donne pas les arguments de son affirmation. Il dit, en parlant de l'article 1315, que cet article contient « un principe qui s'applique, sans contestation aucune, aux obligations et qui *doit* aussi s'appliquer aux droits réels, à moins qu'on ne trouve une dérogation dans la loi ». Ce n'est pas assez, car il ne suffit pas de faire une affirmation, il faut aussi la prouver. M. Appleton n'a même pas hésité de faire à M. Laurent le reproche de faire un peu parler le législateur à son gré, quand il lui met dans la bouche la formule de ses propres opinions.

Mais nous essaierons de faire plus : nous voulons prouver que l'on ne peut même pas faire un rapprochement entre les modes rationnels de preuve des obligations et des droits réels.

En effet, il y a tout d'abord ceci qui sort en évidence : que les deux systèmes de preuves ont vécu ensemble près de quinze siècles sans empiéter l'un sur le domaine de l'autre et sans que cela soit devenu nécessaire. Peut-on se figurer dès lors, que le système réellement rationnel, n'aurait été que celui des obligations, très sensiblement différent de celui des droits réels, et qu'on aurait dû appliquer même dans cette dernière matière ? Je ne crois pas qu'on puisse le soutenir, sans se mettre en contradiction avec le bon sens.

D'un autre côté, la nature même des choses nous impose de distinguer la preuve des droits réels de celle

des obligations et de nous montrer plus difficiles pour cette dernière que pour la première.

En effet, dans une obligation j'ai toujours à prouver — sauf le cas très rare de la cession de créance — un fait qui m'est personnel : que tel jour je suis convenu avec vous que vous me fassiez telle chose, l'échéance est généralement très courte, je garde toujours les titres qui constatent notre convention et une fois celle-ci exécutée le but de la convention est atteint et tout est fini.

Les choses ne se passent pas du tout de la même façon avec les droits réels : la propriété ne s'acquiert — sauf le cas de l'occupation — que par voie de transmission ; le droit réel n'est pas créé pour la première fois en ma personne ; il ne m'est pas un fait personnel. Aussi suis-je obligé pour administrer la preuve complète de mon droit, d'établir l'existence du droit de propriété chez mes différents auteurs, en remontant jusqu'à l'origine. Je dois donc d'abord prouver un fait qui m'est étranger : la qualité de propriétaire chez mes auteurs ; ensuite — et c'est là la grande difficulté — cette preuve remonte toujours à des époques jusqu'auxquelles il m'est souvent impossible de pousser mes investigations.

N'ai-je donc pas une charge plus légère quand je dois prouver ma qualité de créancier, que quand je dois établir mon droit de propriété ?

Il y en a aussi une troisième raison : Le droit de propriété forme pour ainsi dire le droit commun, tandis

que les obligations constituent l'exception. L'existence matérielle d'une chose implique presque forcément un droit de propriété au profit de quelqu'un, tandis qu'on peut mettre en présence un nombre illimité de personnes, sans qu'une seule obligation existe entre elles. Il est, par conséquent, rationnel de se montrer plus accessible pour la preuve du droit commun, tandis qu'il faut être plus difficile pour la preuve de l'exception.

Pour toutes ces raisons, nous croyons même que le législateur, s'il avait assimilé les deux systèmes de preuves, aurait fait une très mauvaise besogne. Mais ni même son intention n'en est prouvée.

Voilà les deux thèses : M. Laurent soutient que l'article 1315 du Code civil, qui exige du demandeur la preuve complète de son droit, s'applique non seulement aux obligations pour lesquelles il a été spécialement écrit, mais aussi aux droits réels.

L'opinion diamétralement opposée, à savoir que l'article 1315 du Code civil doit recevoir application seulement dans la matière des obligations forme la deuxième thèse. Pour les raisons que nous avons indiquées plus haut, nous croyons cette dernière plus sûre.

Il nous reste à dire encore quelques mots sur l'adage *actori incumbit probatio*.

Cet adage est, de l'avis de tout le monde, d'une application générale; que ce soit un créancier ou un deman-

leur en revendication, le fardeau de la preuve est à leur charge.

C'est de cet adage qu'on s'est servi pour soutenir que l'article 1315 du Code civil régit aussi la matière des droits réels. « L'article 1315, a-t-on dit, n'est que la traduction de l'adage romain : *actori incumbit probatio*. Or, comme cet adage est applicable aussi au demandeur en revendication, l'article 1315, qui n'en est que la traduction, aura tout naturellement son application dans la matière des droits réels ».

Ce raisonnement court paraît séduisant. Cependant il n'est pas exact, parce qu'il repose sur une prémisse qui est fausse.

L'article 1315 n'est qu'une traduction littérale du dicton, il n'en reproduit pas l'esprit. Le dicton dit : la preuve du fait prétendu est à la charge du demandeur. Cela est vrai aussi bien pour le créancier que pour le revendiquant. Mais le dicton n'indique pas ce qu'il faut considérer comme la preuve du fait prétendu, et c'est là une toute autre question.

La vérité est, que l'article 1315 du Code civil contient une précision que l'adage *actori incumbit probatio* n'a pas. Celui-ci ne fait qu'une chose : fixer sur l'une des parties du procès le poids de la preuve, mais sans lui imposer ce qu'elle doit prouver. L'article 1315 fait plus : il indique aussi l'étendue de la preuve à fournir. Nous allons le prouver.

Qu'est ce qui nous fait croire que le dicton *actori incumbit probatio* n'a pas la même portée que l'article 1315 ? C'est que ce dicton est romain, et que chez les Romains il n'avait pas le sens qu'on veut lui prêter aujourd'hui. Les Romains l'appliquaient en matière des droits réels et pourtant en cette matière c'est le principe de la publicienne qui régissait. Ils ne l'entendaient donc pas de la façon dont l'entendent aujourd'hui ceux qui veulent appliquer l'article 1315 à la preuve des droits réels. L'adage *actori incumbit probatio* s'accommodait par suite, aussi avec un autre sens que celui de l'article 1315 du Code civil ; c'est la meilleure preuve que les deux choses diffèrent.

Le dicton *actori incumbit probatio* et l'article 1315 du Code civil n'ayant pas la même signification, nous sommes forcés, tout en acceptant le principe romain comme régissant la preuve des droits réels, de repousser encore pour cette nouvelle raison l'applicabilité de l'article 1315 dans cette matière.

M. Laurent n'a pas été suivi dans cette voie par beaucoup d'auteurs. Il a pourtant obtenu l'adhésion de M. Montagne, qui, dans sa thèse de doctorat, lui défend le système avec vivacité et force.

M. Montagne nie d'abord l'existence de la publicienne dans notre droit moderne ; plus même, il lui paraît que cette action serait incompatible avec l'ensemble de notre organisation actuelle de la propriété. Et il nous en

fait voir les raisons (p. 217) : « En réalité, la publicienne ou plutôt l'action qui en est le travestissement, dit-il, ne peut pas prendre place dans l'édifice de nos lois actuelles ; le silence du législateur à son égard suffirait pour la prescrire » — l'argument est celui de M. Laurent — « mais il y a plus ; elle me semble incompatible avec l'ensemble de notre organisation de la propriété.

« Si celui qui possède actuellement, dit M. Zachariae⁽¹⁾ est en possession depuis au delà d'une année, il a, d'une part, interrompu l'usucapion de l'adversaire et réduit à néant tous les effets juridiques de la possession antérieure de ce dernier ; d'autre part, il a acquis la saisine possessoire, qui ne peut lui être enlevée que par la preuve d'un droit de propriété.

« Si, au contraire, le possesseur actuel ne possède pas depuis un an, et que son adversaire puisse se prévaloir d'une possession antérieure qui ait duré au delà d'une année, ce dernier arrivera, par le moyen de l'action possessoire aux mêmes fins que par l'action publicienne. Cette action est donc non recevable dans la première hypothèse et inutile dans la seconde.

« Ce ne serait tout au plus que dans le cas où aucune des parties n'aurait la possession annale que l'on pourrait tenir compte des considérations d'équité pour

1. *Cours de droit civil français*, trad. Aubry et Rau, I, p. 470, 471.

faire admettre l'action publicienne ; encore dans ce cas même, la possession, devrait l'emporter jusqu'à la preuve du droit de propriété ; la possession, quelque courte qu'elle soit, entraîne présomption de propriété et porte en elle le germe de l'usucapion ».

Nous ferons remarquer en passant que M. Montagne ne trie pas ses arguments : en effet, il admet ici pour les besoins de la cause, une opinion qu'il repoussera tout à l'heure, à savoir, il admet que la possession, quelque courte qu'elle soit, entraîne présomption de propriété, alors qu'il va soutenir tout à l'heure, comme M. Laurent, qu'il n'y a pas de présomption légale sans un texte de la loi.

Mais il nous semble de plus que les citations faites par M. Montagne n'avancent point la question. Que, si le possesseur actuel ne possède pas depuis un an, alors que le demandeur en revendication peut se prévaloir d'une possession antérieure qui ait duré au delà d'une année, on n'aura pas besoin de recourir à la publicienne, toute le monde est là d'accord et personne n'en a jamais soutenu le contraire.

Que, si le défendeur possède depuis au delà d'une année, il a acquis la saisine possessoire, qui ne peut lui être enlevée que par la preuve d'un droit de propriété, c'est aussi exact ; mais que dans ce cas, la publicienne soit non recevable, voilà ce que nous ne voyons pas clairement. La citation se borne à faire cette affirmation, sans nous en donner aussi les raisons.

Mais il y a plus : quand on tire cette conclusion que la publicienne est irrecevable, on part d'une idée préconçue, à savoir que la publicienne ne fait pas la preuve de la propriété. On admet donc comme prouvé, ce qui était à prouver, et on tourne ainsi dans un cercle vicieux.

C'est pourquoi les citations de Zachariae ne sont point probantes.

Mais écoutons plus loin M. Montagne dans la défense qu'il fait au système de M. Laurent : « La propriété, — dit-il (p. 213) — a reçu une organisation complète des mains du législateur, et quelque imparfaite que nous puissions la trouver, nous devons nous en contenter sans permettre au magistrat d'en combler les lacunes. Après avoir sanctionné l'inviolabilité du droit de propriété, le législateur a pris des mesures pour le mettre à l'abri des entreprises et des usurpations qui pourraient être dirigées contre lui. Il a d'abord voulu protéger le droit complet, mais le droit certain, établi, démontré, indubitable, par l'action en revendication. Vous prétendez être propriétaire, dit-il, au revendiquant : eh bien ? établissez votre droit et vous triompherez ; je vous sou mets à ce principe de droit commun : *actori incumbit probatio*. Comme la preuve directe serait excessivement difficile, je rends votre tâche plus aisée par l'institution de l'usucapion ; afin de vous protéger mieux encore, je vous autorise, si vous vous trouvez dans les conditions prévues, à intenter une action possessoire,

pour rejeter sur votre adversaire le fardeau de la preuve. Voilà ce que dit le législateur !

« La possession dans notre droit, qu'elle soit ou non étayée de la bonne foi et d'un juste titre, ne devient un droit que quand elle a duré l'an et jour, jusque-là elle ne constitue qu'un fait dépourvu de tout effet juridique, au point de vue de l'action, hors le cas de violence.

(M. Montagne se met ici en contradiction avec ce qu'il a admis tantôt : à savoir que la possession, quelque courte qu'elle soit, entraîne présomption de propriété).

« En vain, le demandeur m'objecte son titre ; je ne vois pas comment cela pourrait modifier ma situation. Quelle théorie singulière, en effet, que celle qui veut que le titre me soit opposable, comme si j'étais l'aliénateur, et qui m'impose la nécessité de le renverser à l'aide d'un autre titre ou de la prescription acquisitive ! Sans doute, le titre authentique, ou sous seing privé ayant date certaine, m'est opposable en ce sens qu'il fait foi à mon égard du fait juridique qui s'est accompli et à ce point de vue, il serait opposable au véritable propriétaire comme au possesseur. La loi elle-même nous en fournit la preuve, puisqu'elle permet au possesseur de bonne foi d'opposer son titre au propriétaire, pour accomplir la prescription par dix au vingt ans (art. 2265).

» Mais ce qui serait le renversement de toutes les règles du bon sens et de l'équité, ce serait d'admettre

qu'il pût en rien me lier au point de vue des conventions qu'il renfermait, et qui me sont parfaitement étrangères. C'est faire une confusion entre l'acte qui prouve la convention et la convention elle-même qui en est absolument indépendante. En réalité, le titre a exactement la même valeur probante vis-à-vis des tiers que vis-à-vis des parties; il prouve à l'égard de tous l'existence du fait juridique, mais il n'établit rien de plus à l'égard des tiers.

» Par conséquent, lorsque vous venez me dire que vous êtes muni d'un acte constatant que telle personne a consenti une aliénation à votre profit, je me garde bien de nier l'existence de ce fait, mais je réponds que la convention intervenue m'est absolument indifférente, et que j'exige de vous la preuve de votre droit, exactement comme je l'exigerais de votre auteur. Il est évident que si celui-ci s'avisait de revendiquer, il ne pourrait point triompher en se basant sur ce motif unique qu'il a possédé avant moi, à moins que sa possession n'eût été suffisante pour le conduire à l'usucapion. Chose bizarre, la jurisprudence qui n'admettrait point un pareil raisonnement dans la bouche du vendeur, l'accueille sans hésiter lorsqu'il est tenu par l'acquéreur. Les prétentions de celui-ci ont cependant un fondement identique à celles du vendeur, car la vente n'a modifié en rien la situation préexistante, puisque, je le répète, il serait absurde de vouloir me

lier par une convention qui m'est étrangère. En réalité donc, le demandeur triomphe sans faire aucune preuve, pas même celle d'une possession antérieure à la mienne, et, chose plus extraordinaire, il gagne son procès en s'appuyant sur un titre que le premier venu pouvait lui procurer aussi aisément que le véritable propriétaire.

» Mais il y a plus encore : je perds mon procès même en offrant de faire la preuve que l'aliénateur n'était pas propriétaire. Vous m'objectez que je n'ai pas ce droit, et pourquoi ? Serait-ce parce que vous prétendriez que la nullité ne peut être opposée que par celui en faveur de qui elle existe ? Ce raisonnement reposerait sur une confusion. Il est bien sûr que je n'aurais pas le droit de vous opposer l'une de ces nullités de formes attachées à l'inobservation des formalités, spécialement par l'intérêt de certaines personnes, comme si, par exemple, l'acte vous avait été consenti par un mineur, ou, s'il s'agissait de l'aliénation d'un immeuble dotal. Seule, la personne intéressée pourrait écarter votre action pétitoire en se prévalant du défaut de validité. L'hypothèse actuelle est entièrement différente ; je n'ai à me préoccuper ni de la validité ni de la nullité de l'acte ; ma situation est purement passive ; je me contente de vous dire que vous n'établissez pas le droit dont vous vous prévaluez et que, par suite, vos affirmations se réduisent à de simples allégations sans valeur. Vous voulez que

je prouve que j'ai plus de droits que vous à la propriété; où donc est le texte qui m'oblige à rompre le silence avant que votre preuve soit complète? Je suis en possession, cela suffit pour me dispenser provisoirement de toute démonstration. »

Et M. Appleton ajoute (1) à propos de cette argumentation de M. Montagne : « Il faut l'avouer, ces raisons sont fortes ; à première vue, elles sembleraient devoir faire rejeter le système de la jurisprudence, d'autant plus que les arrêts n'ont pas pris soin, il faut le reconnaître aussi, de motiver fermement leurs solutions.

» Suffit-il de montrer qu'en imposant au demandeur la preuve complète de son droit, on s'exposerait à dépouiller un grand nombre de propriétaires légitimes? »

Certes, si un texte de loi nous imposait la preuve complète de notre droit, nous ne pourrions rien faire autre chose que d'obéir à la volonté du législateur et d'établir notre droit de cette façon-là ; il importerait peu qu'un nombre plus ou moins grand de propriétaires fussent dépouillés de leurs droits : c'est là une considération qui ne saurait prévaloir devant le juge.

Cependant, nous ne demandons qu'une chose : Que ce texte de loi existe. Nous voulons bien nous soumettre à la loi, mais à une loi — pour employer une expression de Montaigne — certaine, établie, démontrée, indubitable.

1. *Op. cit.*, n° 381.

Or, cette loi n'existe point. En échange nous connaissons de la façon la plus sûre la volonté des rédacteurs du code quant aux matières qu'ils n'ont pas règlementées. Ils nous invitent d'avoir recours à la tradition historique et à l'équité.

Dans ces conditions, pouvons-nous prendre pour « le droit » un ensemble de règles qui conduiraient à dépouiller de leurs droits un grand nombre de propriétaires légitimes, pour la seule raison que cet ensemble de règles trouverait un fondement dans les textes de loi ? Mais ces textes de loi ne peuvent pas constituer un fondement pour notre hypothèse, ils ont envisagé des hypothèses différentes, qui ne ressemblent en rien à la nôtre ; ce n'est donc pas faire œuvre juridique que de transposer les règles d'une matière qui a été réglementée à une autre qui ne l'a pas été, dans le seul but de trouver aussi à cette dernière des textes de loi qui la régissent.

« Laurent et ses partisans — continue M. Appleton — ne contestent point les inconvénients de ce système ; ils conviennent que les actions possessoires, perdues au bout d'un an, ne suffisent point pour assurer la sécurité du possesseur ; ils reconnaissent parfaitement l'équité et l'utilité de la publicienne ; ils avouent qu'il y a là une lacune fâcheuse dans nos lois, mais ils dénie à la jurisprudence le droit de combler cette lacune ; c'est, disent-ils, faire la loi, ce n'est plus seulement l'interpréter ».

M. Appleton a raison ; c'est bien là les reproches que M. Laurent et ses partisans font à la jurisprudence.

Il me semble qu'on peut leur répondre par quelques mots : si le juge fait dans ce cas la loi, c'est qu'il en a reçu le pouvoir ; le législateur le lui a reconnu expressément à maintes reprises. Peut-on, dès lors, lui faire un reproche d'avoir usé de son droit ?

Mais si M. Laurent ne veut pas que le juge fasse la loi, il n'a qu'à s'en prendre au législateur, qui devrait — sous peine d'acculer le juge à rendre des décisions injustes — ou bien régler toutes les matières existantes du droit, ou bien supprimer l'article 4 du Code civil qui oblige le juge de juger, quelque soit la question qui lui est soumise.

En dehors de ces critiques d'ordre général, M. Montagne soulève quelques questions précises.

Il reproche d'abord à la jurisprudence de faire une mauvaise interprétation de l'article 1165 du Code civil. La jurisprudence reconnaît, en effet (1), que les contrats destinés à établir le droit de propriété, doivent produire des effets aussi à l'égard des tiers, qui, pour se soustraire à ces effets, doivent faire la preuve contraire de ce qui est établi par les contrats produits par leurs adversaires. La raison ? C'est que le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés

1. Cass., 22 juin 1864, D, 1864, 1. 412. — Rouen : 1^{er} février 1865, D. 1866, 2. 171. — Cass., 27 décembre 1865, D. 1866, 1. 5

à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties, puisque de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers.

M. Montagne s'élève avec force contre cette interprétation, il la considère même comme « le renversement de toutes les règles de bon sens et de l'équité ». Au point de vue des conventions qu'ils renferment, ces contrats, dit-il, me sont parfaitement étrangers, ils ne peuvent en rien me lier. Il est vrai que s'ils sont authentiques ou sous seing privé avec date certaine, ils prouvent à mon égard que tel fait juridique a été accompli, mais c'est tout ; comme je n'ai pas pris part à la convention, son contenu m'est indifférent ; il est donc déraisonnable de m'obliger de renverser la preuve d'un fait qui n'a pas été établi contre moi.

Nous pensons que ces critiques ne sont pas méritées ; non pas pour les raisons données par la jurisprudence, mais parce que : 1^o l'article 1165 ne reçoit pas son application dans les conventions translatives de droits réels ; 2^o parce que tout ce raisonnement repose sur l'idée préconçue : que la publicienne n'existe plus de nos jours.

1^o Il y a d'abord à cela les raisons très clairement indiquées par M. Debrand (1), que nous ne faisons que de transcrire :

1. *Op. cit.*, n^o 4, note 1.

a) « D'abord, il en a toujours été ainsi dans le droit antérieur au Code civil.

» On aurait, à coup sûr, fort étonné les jurisconsultes romains si on leur avait proposé d'appliquer la règle : *res inter alios acta*..., nous ne disons pas aux conventions translatives de propriété, car ils n'en connaissaient pas, au moins à l'époque classique, mais aux modes de transférer la propriété. A la vérité, les textes qui contiennent la mise en œuvre de cette règle sont peu nombreux. Les jurisconsultes romains semblent avoir considéré ce principe comme tellement évident qu'ils se dispensaient, le plus souvent, d'en justifier les applications, et nous n'en voulons pour preuve que le silence à peu près absolu gardé par eux sur la situation du tiers pour lequel on a stipulé ou promis, uniquement régie pourtant par la règle : *res inter alios acta*... Toujours est-il que toutes les fois qu'une application se rencontre, soit implicitement, soit expressément consacrée dans un texte, il s'agit invariablement d'un contrat, c'est-à-dire d'un acte essentiellement et exclusivement créateur d'obligations. »

b) La même doctrine a été reproduite par notre ancien droit. « L'obligation qui naît des conventions — dit Pothier (1) et le droit qui en résulte, étant formés par le concours des volontés des parties, elle ne peut

1. *Traité des obligations*, ch. I, sect. I, art. VI, n° 86

obliger un tiers, ni donner le droit à un tiers dont la volonté n'a pas concouru à la former ». Il est évident que ces lignes se réfèrent uniquement aux contrats (l'article 6 est intitulé : De l'effet des contrats), c'est-à-dire dans la terminologie de Pothier, aux *conventions productives d'obligations*, et il faut bien qu'il en soit ainsi, puisque, de son temps, les contrats ne transféraient pas la propriété. La même formule, dans l'article 1165, peut-elle avoir un sens différent ? Assurément non ; ce qu'elle était dans l'ouvrage de Pothier, elle est demeurée aujourd'hui. Sans doute, le mot *contrat* a changé de sens ; le contrat est devenu un acte translatif. Mais est-il possible de soutenir sérieusement que cette solution ait influé sur l'application de l'article 1165 et étendu son champ d'application consacré par une tradition constante ?

c) La restriction de l'article 1165 aux conventions productives d'obligations est d'ailleurs pleinement rationnelle : disons mieux, l'application de l'article 1165 aux conventions translatives de propriété est absolument inintelligible. Quel est donc, en effet, dans l'espèce sur laquelle nous raisonnons, le langage que tiendrait le tiers ? *Primus* est propriétaire d'un immeuble, *Secundus* vend cet immeuble à *Tertius*. Si *Tertius* s'avise de prétendre que cette vente l'a rendu propriétaire, *Primus* pourra-t-il donc lui dire : « Vous m'opposez un acte, auquel je n'ai pas été partie, que je ne connais

pas ; vis-à-vis de cet acte je suis un tiers. Il ne peut pas me nuire ? » Ce raisonnement n'aurait aucune portée ; car assurément si *Primus* est demeuré propriétaire, c'est uniquement parce que *Secundus* ne l'était pas, et que, par suite, il n'a rien pu transmettre. Cette solution est si peu la conséquence de l'article 1165, que si l'on supposait à l'inverse que *Secundus* fût le véritable *dominus*, *Primus*, à qui *Tertius* opposerait l'acte de vente que lui a consenti *Secundus*, pourrait encore, et avec la même légitimité, lui tenir le même raisonnement, et nous ne voyons pas comment *Tertius* pourrait triompher de *Primus* autrement qu'en prouvant que *Secundus* était propriétaire. C'est, il faut l'avouer, une étrange justification d'une solution que celle qui conduirait à justifier avec la même facilité la solution diamétralement opposée.

« La vérité est qu'en appliquant l'article 1165 aux conventions translatives de propriété, on en méconnaît complètement la portée. Lorsqu'on se place en présence d'une convention productive d'obligations, ce texte a une importance capitale, car cette convention pouvant rendre créancières ou débitrices un nombre illimité de personnes, il y a intérêt à savoir quelles sont exactement celles qui le sont devenues. Voilà le domaine du texte et du motif juridique qui le fonde. Seront créancières, seront débitrices celles qui ont consenti à le devenir (ce sont les parties contractantes), ou à qui le

droit ou l'engagement se seront transmis (ce sont leurs ayants cause). Mais si l'on suppose une convention translatrice de propriété, la scène change et le point de vue qui précède devient totalement indifférent. Il n'y a qu'une personne qui puisse acquérir le droit transmis par le contrat, et il n'y en a qu'une qui puisse en être dépouillée ; le droit de propriété est, en effet, essentiellement privatif. Or, la détermination de cette personne dépendra exclusivement du point de savoir si l'auteur de la transmission était propriétaire ; et l'article 1165 sera à ce point étranger à la solution de cette question que les parties auront beau exprimer sous la forme la plus énergique leur commune volonté, l'une d'acquérir, l'autre d'aliéner, elles ne réussiront à produire ni l'un ni l'autre de ces deux effets de droit si l'aliénation n'est pas propriétaire. On voit donc que le contrat n'aura, dans cette hypothèse, et même entre les parties, aucun effet, en ce sens que le droit qu'elles ont voulu acquérir ou transmettre n'aura pas été déplacé. Quelle meilleure ou plus certaine preuve que la transmission du droit de propriété, qui constitue dans notre droit, l'effet juridique des contrats translatifs, n'a pour unique fondement que l'existence de ce droit chez l'auteur de la transmission, conformément à la règle ; *nemo plus juris*, et n'est en rien régie par la maxime ; *res inter alios acta*, qui ne se comprend et ne s'explique que si elle est appliquée aux conventions productives d'obligations? »

Ces raisons sont très fortes, cependant nous allons en ajouter encore une.

Les conventions translatives de propriété, ont une particularité qui les distingue des autres conventions productives d'obligations. Cette particularité tient à ce que toute convention translatrice de propriété est accompagnée d'une foule d'obligations légales. Dans une pareille convention apparaissent deux personnes : celle qui transmet le droit et celle qui l'acquiert. Mais avant la convention, il y avait une seule personne qui pouvait disposer de la chose : c'était le propriétaire ; toutes les autres étaient tenues d'une obligation légale : celle de ne porter aucun préjudice au droit du propriétaire. Cette obligation légale est sanctionnée par l'article 1382 du Code civil.

Lorsque, par suite, une convention relative à la transmission de la propriété, intervient entre le propriétaire et un autre individu, il n'y a que cela de changé dans la situation antérieure : que celui qui était tenu de l'obligation légale précitée acquiert des pouvoirs sur la chose, tandis que celui qui avait ces pouvoirs, c'est-à-dire le propriétaire, les cède à son cocontractant pour prendre sa place d'obligé légalement. Entre ces deux personnes, il y a une véritable convention créatrice d'obligations, parce que le propriétaire est obligé de transmettre la propriété ; mais une fois la convention réalisée, l'ancien propriétaire entre dans la foule des obligés légalement.

Et c'est là la différence entre les conventions translatives de propriété et celles productives d'obligations. Dans ces dernières, il y a des obligations entre deux ou plusieurs personnes déterminées; les autres individus ne sont obligés ni conventionnellement, ni légalement; ils ne sont astreints à rien. Dans les premières, il y a d'abord une convention ordinaire, volontaire, entre le propriétaire actuel et celui qui lui a transmis le droit; ensuite autant de conventions — celles-ci légales — que d'individus entre le propriétaire et le reste de tous les autres individus.

Par conséquent, lorsqu'une convention translatrice de propriété intervient entre deux personnes, ce que l'on peut dire, c'est qu'on ne peut pas obliger une autre personne que celle qui figure dans la convention, de *transmettre* la propriété de la chose qui forme l'objet de l'obligation du contrat, mais tout le monde sera obligé de respecter le droit du propriétaire.

Ainsi à la seule condition que celui qui transmet le droit soit propriétaire, le titre, qui constate cette transmission, est opposable à tout le monde; il lie aussi bien l'ancien propriétaire que les tiers.

L'article 1165 étant écarté dans cette matière, la question qui se pose forcément est celle-ci: celui qui a créé le titre avait-il ou non la propriété de la chose en litige, ou bien, lorsque cette preuve est impossible à faire, quelle sera la valeur du titre produit? Nous en sommes

de la sorte ramenés encore une fois au début, puisqu'il nous faut savoir quand la preuve de cette propriété doit être considérée comme faite.

2^o Mais M. Montagne veut repousser au moyen d'une seule phrase tout le système de la publicienne ; il dit : on ne peut pas m'obliger de renverser à l'aide d'un autre titre ou de la prescription acquisitive, le titre produit par mon adversaire, parce qu'il n'émane ni de moi, ni de mes auteurs.

Nous répondons que si, du moins dans un cas : quand le titre émane du véritable propriétaire.

Mais, de plus, dire que, si le demandeur ne peut pas faire cette preuve, le possesseur n'est pas obligé de renverser le peu de preuve que le demandeur a faite, c'est repousser à l'avance le système du droit meilleur ou plus probable, c'est-à-dire la publicienne. Le cercle vicieux, où nous nous débattons, est évident.

Avant de finir l'analyse de la thèse de M. Montagne, nous devons faire encore quelques observations :

1^o M. Montagne se trompe quand il croit que la jurisprudence accueille la demande du revendiquant sans même que celui-ci fasse la preuve d'une possession antérieure à celle du défendeur.

Sur ce point ces critiques portent sur un fait imaginaire. A la vérité, la jurisprudence reçoit la demande du revendiquant quand celui-ci produit un titre *antérieur* à la possession du défendeur. Si, dans l'intervalle, le

demandeur n'a pas exercé, de fait, les prérogatifs de la propriété, il n'en a pas moins possédé, tant qu'une autre personne ne l'a pas fait à sa place.

2° A notre avis, il faut rectifier encore une autre affirmation de M. Montagne. M. Montagne critique, en effet, la jurisprudence qui n'admettrait pas la demande d'un vendeur qui ne se prévaudrait que de sa possession, mais qui admet la demande de l'acquéreur, qui produit un titre émanant de ce vendeur. Pourtant, dit-il, le fondement juridique des deux actions est identique, puisque l'acquéreur ne peut pas avoir plus de droits que son auteur.

Nous ne croyons pas que cette dernière affirmation soit exacte. La loi attache certains avantages à l'existence d'un juste titre. Ainsi, le juste titre fait tout d'abord supposer la bonne foi et, par suite, donne droit à l'usucapion par dix à vingt ans, alors que le vendeur qui ne possédait point de titre ne pouvait usucaper que par trente ans. Ensuite, le possesseur avec juste titre peut invoquer la possession de son auteur, tandis que le possesseur sans titre ne le peut pas.

L'acquisition d'un titre modifie donc la situation. L'acquéreur a une situation meilleure que son auteur sans titre ;

3° M. Montagne reproduit encore — sans autres arguments — l'affirmation de M. Laurent que le défendeur

n'est pas obligé de rompre le silence avant que le demandeur ait fait la preuve complète de son droit.

C'est affirmer encore une fois — mais sans plus de preuves — que la publicienne a disparu de nos jours. Nous avons déjà discuté la question.

Résumons :

MM. Laurent et Montagne affirment :

1° Que, par le seul fait qu'elle n'a pas été reproduite par le Code, la publicienne a disparu de notre droit moderne ;

2° Que les règles écrites pour la preuve des obligations doivent être étendues aussi à la preuve des droits réels ;

3° Que, par suite, le demandeur en revendication doit faire la preuve complète de son droit : usucapion ou droit de propriété chez son auteur ; que le défendeur peut se contenter à garder le silence tant que cette preuve n'a pas été faite et que le demandeur doit être débouté par cela seul qu'il n'a pas réussi à prouver d'une façon complète son droit de propriété.

Nous avons répondu :

1° Que l'histoire de la confection du Code n'indique pas, même de loin l'intention chez le législateur de supprimer la publicienne ; qu'au contraire, tout prouve qu'il n'y a eu là de sa part qu'une simple mégarde et qu'alors en suivant les conseils des rédacteurs du Code, il faut avoir recours à la tradition historique, c'est-à-

dire, pour la question qui nous préoccupe, à la publicienne.

2^o Que, toujours l'histoire de la confection du Code établit que les règles de preuve des obligations ont été faites spécialement pour cette matière, et que, du reste, même rationnellement, les deux matières, des obligations et des droits réels, doivent recevoir des règles de preuve différentes ;

3^o Que, par suite, aujourd'hui, tout comme dans l'ancien droit, il suffira que le demandeur fasse à son profit la preuve d'un droit meilleur ou plus probable que celui du défendeur. On ne donne ainsi raison qu'à celui qui prouve avoir plus de droits que son adversaire, ce qui est aussi juste.

§ 4. — *Système de MM. Aubry et Rau.*

Ces auteurs, tout en faisant une réserve sur la question au point de vue théorique, approuvent la jurisprudence.

Approuver la jurisprudence, c'est admettre implicitement l'existence de nos jours de la publicienne. MM. Aubry et Rau s'associent à ce point de vue, mais avec une petite restriction : à savoir qu'étant données les différences qui séparent notre droit moderne du droit romain, la publicienne moderne ne saurait avoir les caractères propres de la publicienne romaine.

Et pour préciser les idées, comment envisagent-ils la question ?

Ils disent (1) : « Quant à l'action publicienne, admise en droit romain, elle n'existe pas chez nous, comme action distincte de la revendication ».

Nous avons vu que déjà dans l'ancien droit, les deux actions précitées s'étaient confondues dans une seule, et que la pratique n'en connaissait que cette dernière, appelée tout simplement : revendication.

« A notre avis — continuent-ils — la controverse qui s'est élevée à ce sujet se réduit, en tant qu'on l'envisage dans son intérêt pratique, à une simple question de preuve, à celle de savoir, quelles sont, dans telles circonstances données, et eu égard à la position du défendeur, les justifications à faire par le demandeur en revendication ».

Comme nous l'avons déjà montré, et comme M. Appleton le fait aussi remarquer, « c'est tout à fait dans ces termes-là que la question se posait à l'époque de Justinien, alors que la publicienne et la revendication ne différaient plus en la forme. Il s'agissait, alors comme aujourd'hui, de déterminer la nature et l'étendue des preuves à fournir, selon les cas, par le demandeur revendiquant ; ce système se rapproche donc beaucoup plus du droit romain, que les auteurs cités ne semblent le croire ».

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t II, § 219.

Quel est alors le système qu'ils adoptent, relativement à la preuve à fournir par le demandeur ?

« Tout en nous rattachant, disent-ils (§ 219, note 1), pour la solution du point de savoir quelles sont les justifications à faire par le demandeur en revendication, à l'idée d'un droit meilleur ou plus probable, qui formait la base de l'action publicienne, nous pensons cependant qu'il convient, dans l'application de cette idée, de tenir compte de la différence profonde qui sépare notre législation, sous l'empire de laquelle la possession même de mauvaise foi, renferme en elle le germe de l'usucapion, lorsqu'elle réunit d'ailleurs les qualités requises par l'article 2229, et le droit romain, qui n'admettait pas que la possession de mauvaise foi pût conduire à l'usucapion. C'est pour ce motif surtout que nous ne saurions nous associer à l'opinion des auteurs, qui, examinant la question au point de vue purement théorique, enseignent que l'action publicienne subsiste encore aujourd'hui avec ses caractères et ses conditions propres. »

Nous pensons que ces observations sont très exactes et notre thèse est la même : à savoir, que la publicienne d'aujourd'hui ne peut plus être celle du droit romain.

En effet, la publicienne a des liens indestructibles avec l'usucapion ; plus même, cette dernière est le fondement de la première.

Où voyons-nous cela ? Dans l'histoire de la création de la publicienne et dans le but que celle-ci voulait atteindre.

Il est indiscutable — et le préteur romain n'avait pas manqué de s'en apercevoir — que la meilleure preuve qu'on peut administrer du droit de propriété est l'usucapion. Même du temps du droit romain, ce moyen de preuve était indiqué par le *jus civile*. Mais il y a plus : réellement, pour fournir la preuve complète de la propriété, on ne peut pas se servir d'un autre moyen que l'usucapion. Pour que vous soyez propriétaire, il faut que votre auteur l'ait été avant. Il faudra, par suite, toujours en revenir à l'établissement du droit de votre auteur, et remonter ainsi d'auteur en auteur, jusqu'à l'accomplissement de l'usucapion. Autrement la preuve n'en sera pas complète.

Or, cette preuve de l'usucapion est très malaisée à fournir. Le délai exigé pour la prescription est très long et les preuves assez souvent en disparaissent.

C'est pour franchir cet obstacle — parfois insurmontable pour la pratique — qu'on s'est dit : puisque la preuve de l'usucapion accomplie est tellement difficile, que ce serait dépouiller de véritables propriétaires de leurs droits que de la leur imposer, ne l'exigeons plus, cette preuve de l'usucapion accomplie, et contentons-nous seulement de la preuve que cette usucapion est commencée.

Cependant, le possesseur devra pouvoir usucaper et les droits meilleurs seront réservés.

Dans ces conditions, si le possesseur ne peut prouver l'usucapion accomplie à son profit, ce sera généralement parce qu'il n'a pas les moyens d'établir un fait qui, réellement, est arrivé ; en tous les cas, comme il peut prescrire, s'il possédait encore pendant quelque temps son immeuble, il assiérait sa propriété sur des bases inattaquables.

Par suite, le principe introduit par la publicienne a été celui-ci : qu'on considère — jusqu'à preuve d'un droit meilleur — comme propriétaire, celui qui peut prescrire. En définitive, on ne faisait de cette manière qu'une sorte de cadeau — pour ainsi dire — de quelques années de possession, d'office, à ceux qui en avaient besoin pour établir leur droit de propriété, mais qui n'y réussissaient pas.

Il ressort clairement — je crois — de ces explications, que l'usucapion et la publicienne étaient deux institutions intimement associées ; pour mieux préciser, elles étaient liées par les rapports de cause à effet.

Alors ces deux institutions marcheront forcément parallèlement. Me considérerez-vous capable d'usucaper et de devenir le propriétaire de l'immeuble que je possède ? Alors vous devrez m'accorder aussi la publicienne : sans cela vous commettriez une injustice à mon égard, car vous ne voulez pas me faire application d'un principe dont vous faites bénéficier volontairement les autres

qui n'en font pas valoir plus de raisons que moi.

Or, c'est ici la grande différence qui sépare le droit romain et le droit moderne. Celui-ci reconnaît au possesseur de mauvaise foi le droit d'usucaper, tandis que celui-là le lui niait formellement.

Aujourd'hui, pour les raisons que nous venons d'indiquer, la publicienne doit être accordée aussi bien au possesseur de bonne foi qu'à celui de mauvaise foi.

Mais alors, la publicienne du droit moderne — par cela même qu'elle y est admise — ne peut plus avoir les mêmes caractères que dans le droit romain.

Cependant il ne faudra pas nous exagérer la valeur de la différence qui sépare notre publicienne de celle du droit romain. Si l'on voulait caractériser la publicienne du droit moderne, on devrait seulement dire qu'elle est plus avancée que celle du droit romain ; mais le principe est identique dans les deux actions, les cas d'application sont les mêmes, sauf que dans la publicienne moderne il y a un cas d'application de plus.

Nous voyons par ce court exposé que MM. Aubry et Rau sont partisans — à part la petite réserve que nous venons d'indiquer — de l'existence de la publicienne dans notre droit.

Dans ces conditions, il devient nécessaire de connaître la tradition historique sur la question de la preuve de la propriété.

Pothier, dans son *Traité du droit de domaine de*

propriété nous l'indique : « (n° 324) Lorsque le possesseur contre qui la demande est donnée, établit que sa possession est antérieure au titre que je produis pour fonder ma demande en revendication, quoiqu'il ne rapporte d'ailleurs, de son côté, aucuns titres ; ce titre que je produis n'est pas seul suffisant pour fonder ma demande, à moins que je ne produise d'autres titres anciens, qui justifient que celui qui, par le contrat que je produis, m'a vendu ou donné l'héritage qui fait l'objet de la demande en revendication, en était effectivement le propriétaire ; car je ne puis me faire un titre en me faisant passer une vente ou une donation d'un héritage que vous possédez, par une personne qui ne possède pas ; vous êtes, par votre seule qualité de possesseur, présumé être le propriétaire de l'héritage, plutôt que celui qui me l'a vendu, qui ne le possédait pas, et du droit duquel on ne peut rien justifier. Mais lorsque le titre que le demandeur en revendication produit est antérieur à la possession de celui contre qui la demande est donnée, lequel, de son côté, n'en produit aucun, ce titre est seul suffisant pour fonder sa demande. Celui qui, par ce titre, a vendu ou donné au demandeur, ou à l'auteur du demandeur, l'héritage revendiqué, est suffisamment présumé en avoir été le possesseur et le propriétaire, et lui en avoir fait passer la possession et la propriété. »

Le demandeur obtiendra donc gain de cause si son

titre d'acquisition est antérieur à la simple possession du défendeur; sinon, il devra faire la preuve du droit de propriété chez son auteur.

« (N^o 326) Lorsque le demandeur en revendication et le possesseur contre qui la demande est donnée, produisent chacun de part et d'autre un titre d'acquisition, ou ils ont acquis l'un et l'autre de la même personne, ou ils ont acquis de différentes personnes.

« Au premier cas, lorsque le demandeur et le défendeur produisent chacun de leur côté un titre d'acquisition de l'héritage qu'ils ont faite l'un et l'autre de la même personne, quand même il ne serait pas établi que cette personne de qui ils prétendent avoir acquis l'un et l'autre l'héritage, en eût été le propriétaire, elle est présumée l'avoir été; et celui qui a été mis le premier par elle en possession de l'héritage qui fait l'objet de l'action en revendication, doit être réputé avoir acquis d'elle la propriété de l'héritage, et obtenir sur l'action en revendication (1) :

« (N^o 327) Au second cas, lorsque tant le demandeur que le défendeur, produisent chacun de leur côté un titre d'acquisition qu'ils ont faite de personnes différentes, sans que l'un puisse établir plus que l'autre que la personne de qui il a acquis fût le propriétaire de l'héritage, les Proculéiens pensaient, même dans ce cas,

1. L. 9 § 4 ff. de public. in rem act.

qu'on devait pareillement préférer celui qui avait le titre le plus ancien et avait été mis le premier en possession de l'héritage, comme nous l'apprenons de Nératius, qui était de cette école.

» L'opinion contraire des Sabinien, qui décident en ce cas pour celui qui se trouve en possession de l'héritage, a prévalu. C'est ce que nous apprenons de la loi 9, § 4 ff. de public, in rem act ci-dessus citée. Cette décision est fondée sur cette règle : *In pari causa, causa melior possidentis.* »

Voilà les principes traditionnels !

MM. Aubry et Rau ne feront que les suivre, en y introduisant toutefois les modifications apportées par des lois postérieures à ces temps régis par ce que nous appelons aujourd'hui la tradition.

Quelles sont, par suite, précisément les justifications que devra faire le demandeur en revendication ?

» Ces justifications résultent — disent MM. Aubry et Rau — d'une manière irréfragable, de la preuve de l'accomplissement de l'usucapion, au profit du revendiquant lui-même ou de l'un de ses auteurs. En dehors de cette hypothèse, il convient, pour résoudre la question de savoir si la preuve du droit de propriété, sur lequel repose la demande en revendication, se trouve ou non rapportée, d'établir les distinctions suivantes :

1° Lorsque le demandeur produit un titre de propriété, et que le défendeur n'en rapporte point, le reven-

diquant doit être considéré comme justifiant suffisamment de son droit de propriété, pourvu que son titre soit antérieur à la possession du défendeur. Au cas contraire, il devrait, pour faire admettre sa demande, prouver le droit de propriété de son auteur au moyen d'une justification analogue à celle qui vient d'être indiquée, c'est-à-dire en produisant le titre de ce dernier et en prouvant que ce titre est d'une date antérieure à la possession du défendeur ».

C'est le cas et la solution donnés par Pothier, sous le n° 324 précité.

2° « Quand les deux parties rapportent, l'une et l'autre des titres de propriété, et que ces titres émanent de la même personne, c'est par l'antériorité des transcriptions ou selon les cas, des titres eux-mêmes, que se règle la préférence. Que si ces titres émanaient d'auteurs différents, la demande devrait être rejetée et le défendeur maintenu en possession, à moins que le demandeur ne parvint à établir que son auteur l'eût emporté sur celui du défendeur, dans le cas où la contestation se serait élevée entre ces derniers. Cette preuve une fois faite, le titre et la possession du défendeur doivent être écartés, par application de la règle : *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet*. »

Ce sont encore les hypothèses étudiées par Pothier, sous les nos 326 et 327. Mais, dans la première hypothèse, la solution ne pouvait plus être la même que du

temps de Pothier, la loi du 23 mars 1855 ayant rendu préférable la situation de celui des acquéreurs qui a le premier fait transcrire son titre ; il est indifférent aujourd'hui que leur auteur ait été ou non propriétaire, les deux parties sont traitées comme s'il était hors de doute que leur auteur avait la propriété. Dans la deuxième hypothèse, MM. Aubry et Rau adoptent l'opinion qui avait prévalu déjà dans le droit romain, mais avec une restriction qui n'est point acceptée par tout le monde. Ainsi MM. Aubry et Rau disent : « Lorsque les titres produits par les deux parties émanent de personnes différentes, le défendeur devra l'emporter, à moins que le demandeur ne prouve que son auteur l'eût emporté sur celui du défendeur, par application du principe : *nemo plus juris...* »

M. Appleton conteste cette dernière solution : la tradition historique était que le défendeur l'emportait sur le demandeur dans ce cas ; les rédacteurs du code n'ont pas entendu la modifier ; pourquoi alors la changer ?

Mais de plus, dit M. Appleton (1), « les raisons qu'on invoque ne satisfont point. Parce que j'aurais triomphé de votre auteur ou mon auteur du vôtre, cela prouverait-il que je doive triompher de vous ? L'acquisition d'un titre modifie la situation. Un possesseur sans titre ne pourrait revendiquer, s'il perdait sa possession et si un tiers l'acquerrait ; qu'il aliène, et son acquéreur dépos-

1. Appleton, *op. cit.*, p. 378.

sédé *pourra revendiquer* (comme nous l'avons vu plus haut); il a donc plus de droits que son auteur.

« A l'argument du demandeur; (à savoir que ce demandeur eût triomphé de l'auteur du défendeur) le défendeur peut répondre qu'il importe peu qu'on eût triomphé de son auteur, qu'il a plus de droits que cet auteur, puisque cet auteur n'avait point de titres, tandis que lui, défendeur actuel, en a un.

« Au point de vue de la bonne foi, par exemple, la situation est changée; le titre fait supposer la bonne foi, qui, autrement reste douteuse. Le titre permettra au possesseur de prescrire par dix ans, d'invoquer la possession de son auteur, avantages auxquels ne peut prétendre le possesseur sans titre ».

Ces différentes observations de M. Appleton étant consacrées par des dispositions de la loi, on voit par là que l'exactitude absolue de l'adage *nemo plus juris* peut être contestée avec raison.

On veut m'enlever la propriété, à moi, défendeur; il est juste de comparer les droits du demandeur avec les miens, et non avec ceux de mon auteur, puisque je pourrais être propriétaire bien que mon auteur ne le fût pas du tout.

La restriction indiquée par MM. Aubry et Rau ne se justifiant pas suffisamment, nous croyons meilleure l'opinion de M. Appleton, à savoir le retour pur et simple à la tradition.

A propos de la deuxième hypothèse, il est lieu ici de

citer une deuxième opinion, qui a été exprimée dans une note de Dalloz (1886. 4. 5.) et qui veut que la règle soit la même, que les titres émanassent de la même personne ou de personnes différentes : « Pour que l'acte produit par le défendeur — dit l'annotateur — lui fournisse un secours que sa possession ne peut lui procurer, il est nécessaire, cela est manifeste, que cet acte ne soit pas affecté du même vice que la possession elle-même.

L'argument de date apparaît donc de nouveau. Le titre du défendeur est-il antérieur à celui du demandeur, il aura la même force qu'une possession antérieure; est-il postérieur, il n'aura pas plus d'efficacité qu'une possession postérieure. Même en se joignant à elle il ne lui apporte aucun appui.

« Les dates respectives des titres doivent donc être ici consultées, comme elles le seraient si les titres émanaient de la même personne, sauf qu'on n'a pas, dans l'hypothèse qui nous occupe, à se préoccuper de la transcription, cette formalité n'étant exigée qu'entre acquéreurs tenant leurs droits d'un auteur commun.

» Ainsi la règle ne varie pas. »

Cette opinion ne reproduit pas la tradition historique, bien au contraire, elle en méconnaît les principes.

En effet, la publicienne repose sur un système de présomptions.

Lorsque vous possédez un immeuble, vous exercez

le droit de propriété. Vous êtes alors présumé l'avoir même, ce droit.

Lorsque j'achète de vous l'immeuble que vous possédez, comme vous êtes présumé en être le propriétaire, je serai aussi présumé avoir acquis la propriété. Par suite, le titre venant d'une personne qui possédait, fait présumer la propriété au profit de l'acquéreur.

Alors, quand les deux parties en procès feront valoir leurs droits, on se décidera pour la présomption la plus forte ; à situations égales, pour le possesseur. (En définitive même dans ce dernier cas, c'est toujours pour la présomption la plus forte que l'on se décide, puisque la possession actuelle détruit l'équilibre des situations.)

C'est là les principes de la publicienne.

Que se passe-t-il maintenant dans le cas que nous analysons ?

Le défendeur a un titre confectionné par celui qui se trouvait en possession de l'immeuble au moment où le défendeur l'a acquis. Il a en sa faveur une présomption de propriété.

Le demandeur a aussi un titre provenant d'une personne qui a possédé : en sa faveur aussi une présomption de propriété.

Pour lequel des deux se décider aujourd'hui ? Pour celui qui a une situation plus forte : pour le défendeur qui a en sa faveur non seulement la présomption de propriété mais aussi la possession actuelle. Cependant,

le demandeur ne peut exciper que d'une simple présomption de propriété ; sa situation est donc moins forte que celle de son adversaire .

Tenir compte de la date des titres et accorder la préférence au titre antérieur, c'est oublier totalement la base même de la publicienne qui consiste dans la comparaison des droits des parties en litige.

3° « Enfin, lorsque le demandeur ne produit aucun titre à l'appui de sa réclamation, et qu'il se borne à invoquer, soit d'anciens faits de possession, soit des présomptions tirées de l'état des lieux et d'autres circonstances, la question de savoir si le juge peut admettre ces moyens comme suffisants pour justifier la demande, doit se résoudre par une distinction entre le cas où le défendeur a une possession exclusive et bien caractérisée, et celui où les faits de jouissance dont il se prévaut ne réunissent pas les qualités constitutives d'une possession utile. Au premier cas, la présomption de propriété, attachée à la possession du défendeur, doit l'emporter, quelques graves que puissent être les circonstances de fait militant en faveur du demandeur. Au second cas, il appartient au juge de balancer entre elles les présomptions respectivement invoquées par les deux parties, et d'accueillir ou de rejeter la demande suivant le résultat de cet examen comparatif. »

C'est un cas sur lequel Pothier ne nous renseigne pas ; les choses s'expliquent par cela que de son temps, le

possesseur de mauvaise foi ne bénéficiait pas de la publicienne, mais le principe fondamental de cette action étant connu, la solution à donner n'était pas difficile à trouver : Aura gain de cause celui qui prouvera à son profit un droit plus fort que son adversaire.

Dans la première hypothèse, la situation du défendeur est incontestablement plus favorable que celle du demandeur ; dans la deuxième, tout dépendra du résultat de l'examen des faits proposés par les parties, examen auquel se livrera le juge.

Disons pour compléter l'exposé du système de MM. Aubry et Rau, que ces auteurs donnent, comme la jurisprudence, un sens large au mot titre.

« Les jugements et les partages, disent-ils, quoique ne constituant pas des justes titres en matière d'usuca-pion, sont à considérer comme des titres de propriété ».

Les raisons n'en sont pas autres que c'est ainsi qu'on l'entendait dans l'ancien droit. Pothier nous en fournit la preuve (1) : il nous cite comme pouvant servir de titre de propriété la vente, l'échange, la dation en paiement, la donation, le partage.

Et c'est très raisonnable : du moment qu'on se contente en matière de preuve des droits réels, non de la certitude absolue, qui n'est pas nécessaire, mais d'une probabilité assez forte de l'existence de ces droits, les partages et

1. *Op. cit.*, n° 323.

les jugements devaient bien être admis parmi les titres, puisque, eux aussi peuvent nous fournir cette probabilité.

Avant de terminer le paragraphe, il devient nécessaire de jeter un coup d'œil critique sur l'ensemble des présomptions qui forment la base de la publicienne et qui constituent, en même temps, le système de MM. Aubry et Rau.

Il est incontestable qu'un système de preuves ne peut pas être arbitraire : on ne peut pas indifféremment imposer telle ou telle preuve à un individu qui a besoin d'établir son droit devant la justice.

Les preuves doivent être adéquates aux exigences pratiques : Est-il possible de se procurer telle preuve de tel fait ? Si oui, on l'imposera, cette preuve, si non, on ne pourra pas la prescrire sans apporter une grave atteinte aux intérêts des individus. C'est là la raison pour laquelle le droit commercial — pour n'en donner qu'un exemple — n'exige pas comme le droit civil, une preuve écrite des différentes conventions intervenues en matière commerciale.

L'impossibilité ou la grande difficulté — ce qui vaut à peu près la même chose — de faire une preuve, doivent la faire proscrire. Le droit est fait pour la vie pratique ; il doit donc poser des règles qui ne troublent pas cette vie.

Etait-il, par suite, possible d'exiger pour la preuve

des droits réels, des preuves aussi rigoureuses que pour les obligations ? Assurément non !

Un créancier peut toujours être obligé de faire la preuve complète de sa créance ; ce lui sera aisé ; mais un propriétaire sera infiniment plus embarrassé de faire la preuve de son droit. Pourquoi ?

Il y a tout d'abord ceci que la prescription est très longue dans le droit moderne. Je prouverai bien que j'ai acquis d'un tiers l'immeuble que vous détenez aujourd'hui, mais ce ne sera pas suffisant ; il faudra que je prouve, pour triompher de vous, que mon auteur était propriétaire, car il ne pouvait pas me transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même ; et encore pour prouver la propriété de celui-ci, de prouver que son auteur était propriétaire et ainsi de suite, remonter jusqu'au début du délai exigé pour l'accomplissement de l'usucapion.

Là, c'est le cas normal. Mais il peut arriver encore des complications : la prescription peut être suspendue au profit de certaines personnes : alors le délai de l'usucapion s'allonge davantage.

Se rend-on, dès lors, assez compte des difficultés sans nombre que rencontrera le propriétaire pour établir des faits dont on ne lui a jamais fait part et qui — la plupart du temps — n'ont pas laissé de trace ?

D'un autre côté, le possesseur non propriétaire obtient trop facilement un droit, qu'il n'est plus possible d'anéan-

tir que par la preuve de la propriété. En effet, tout possesseur obtient au bout d'un an les actions possessoires ; si, par suite, le propriétaire a eu l'imprudence de laisser passer ce délai sans agir, il ne lui sera plus possible de rentrer en la possession de son fonds qu'en faisant la preuve de sa propriété. Une simple possession, dépourvue de tout titre, illégitime donc, devient au bout d'un an une arme redoutable entre les mains du possesseur à l'encontre du véritable propriétaire.

Dans ces conditions peut-on songer d'astreindre le propriétaire à faire la preuve complète de son droit ? Ce serait ni plus ni moins que de l'écraser sous un poids qu'il ne saurait porter.

C'est pour remédier à ces inconvénients que l'on s'est décidé d'exiger du demandeur de rendre seulement probable le droit qu'il revendique. Mais pour triompher de son adversaire on l'obligea à ce que l'équité commande, à savoir qu'il prouvât à son profit un droit meilleur que celui de son adversaire.

Quoi de meilleur que ce système ? Tout en restant en pleine équité — puisque je ne peux triompher de vous qu'en prouvant un droit plus fort que le vôtre — il rendrait du coup la preuve de la propriété infiniment plus facile : on n'est plus obligé de pousser les investigations jusqu'à l'accomplissement de l'usucapion, et on est plus sûr de triompher d'un possesseur sans droit qui s'abrite derrière sa possession.

Mais comment fera-t-on cette preuve ?

Sans doute, par des présomptions. Mais lesquelles, pour la question qui nous préoccupe ?

La plus forte entre toutes est la possession. La possession est l'exercice du droit de propriété. A elle seule, elle suffit pour conduire à la propriété. N'est-ce pas la preuve que je suis propriétaire du fonds, si j'exerce tous les prérogatifs de la propriété pendant trente ans, sans aucune protestation ?

Mais la possession ne constitue pas une présomption irréfragable. Il est vrai que dans la grande majorité des cas c'est le propriétaire lui-même qui exerce son droit, c'est lui qui possède ; mais il peut arriver aussi qu'un usurpateur le fasse à sa place. Il devient alors intéressant de savoir si le possesseur actuel détient en vertu de quelque titre. S'il a une possession sans titre, qui n'a pas duré trente ans, c'est presque sûr qu'il n'est pas propriétaire, que sa possession est le résultat d'une usurpation ; s'il est muni d'un titre, la présomption de propriété en sa faveur prend consistance. En effet, on achète généralement quand on a du moins la conviction, si non la certitude absolue, que celui qui vous vend est propriétaire. Une possession paisible en est le signe. Par suite, la nouvelle possession obtenue au moyen de l'achat, à une base réellement ferme : elle est fondée sur la conviction formée à la suite de recherches expresses, et renforcée par l'approbation unanime tacite des autres individus que le vendeur est propriétaire.

On pourrait se tromper, certes, **mais** alors le remède est tout prêt : que l'intéressé prouve qu'il a plus de droits que son adversaire. Il pourra se servir à cet effet des mêmes moyens de preuve que celui-ci. Une lutte s'engagera entre les droits qu'ils feront valoir : raison sera donnée à celui dont les droits paraîtront plus forts.

Mais sur quoi se guidera-t-on pour donner gain de cause à celui-ci ou à celui-là ? Sur les principes que nous venons d'indiquer.

Prenons une hypothèse : Le défendeur n'a pas de titre, le revendiquant en produit un.

Si ce titre est postérieur à la possession du défendeur, il ne crée aucune présomption de propriété au profit du titulaire, puisqu'il émane d'une personne dont le droit est ostensiblement contesté par la possession du défendeur. C'est, du reste, un titre que tout le monde aurait pu procurer au demandeur aussi aisément que le véritable propriétaire. Si donc, au fond, le défendeur n'a aucun droit, le demandeur n'en prouve pas davantage, et il n'y a alors aucune raison pour changer la situation actuelle.

Le revendiquant sera donc débouté de sa demande.

Si, au contraire, ce titre est antérieur à la possession du défendeur, les choses changent. C'est le demandeur qui obtiendra gain de cause. En effet, le titre émanant d'une personne qui possédait, une présomption de propriété apparaît, en même temps que la création du

titre, au profit de l'acquéreur. Cette présomption vient du vendeur qui en jouissait lui-même, parce qu'il possédait. En tout cas, l'acquéreur n'est pas un usurpateur. Sa situation est encore rendue meilleure par la prise de possession qui a suivi la vente. Cependant, le défendeur n'a qu'une possession qui a tous les signes d'une usurpation.

Y a-t-il encore des doutes que les présomptions qui militent en faveur du demandeur ne soient plus fortes que celles dont excipe le défendeur?

Une deuxième hypothèse : Le défendeur a aussi un titre.

Le cas où les titres du demandeur et du défendeur émanent de la même personne est en dehors du champ d'application de nos principes, puisqu'il est réglé par la loi du 23 mars 1855, qui donne préférence au titre le premier transcrit.

Mais lorsque les deux titres émanent de personnes différentes, l'application de nos principes devient de nouveau nécessaire.

Le défendeur possède et il n'a pas usurpé, puisqu'il produit un titre : par suite, une forte présomption de propriété à son profit.

D'un autre côté, le demandeur a possédé aussi et il excipe aussi d'un titre : une présomption de propriété naît à son profit aussi.

Il y aurait similitude de situations, si ni l'un ni l'autre

n'avait la possession du fonds ; mais la possession actuelle du défendeur vient détruire l'équilibre de la balance à son profit.

Le revendiquant sera donc débouté de sa demande.

Troisième hypothèse : Ni l'une, ni l'autre des parties ne produisent de titre.

Le demandeur se prévaut de sa possession antérieure. Il sera débouté si le défendeur a aussi une possession caractérisée, parce que sa possession vaut au moins celle du demandeur et elle est, de plus, actuelle. Mais si la possession du défendeur n'est pas caractérisée comme celle du demandeur, celui-ci l'emportera.

Enfin, si ni le demandeur ni le défendeur ne peuvent faire preuve d'une possession dans le sens de l'article 2229, on pèsera les autres faits proposés et l'on accueillera ou l'on repoussera la demande du revendiquant, suivant qu'il réussira ou non à faire valoir des présomptions plus fortes que le défendeur.

Ce système que nous venons d'analyser est — à part une différence de détail — aussi le système de MM Aubry et Rau.

Disons, pour en finir, que nous le trouvons juridique et équitable et que nous l'approuvons entièrement.

§ 5. — *Système de la publicienne romaine*

C'est le système le moins intéressant. A la vérité, il soutient que la publicienne subsiste dans notre droit

seulement au profit du possesseur de bonne foi avec juste titre, c'est-à-dire dans les mêmes conditions que dans le droit romain (1).

Nous avons montré à propos du système de MM. Aubry et Rau que la publicienne qu'on peut admettre dans notre droit n'est plus celle du droit romain.

En effet, l'esprit de cette institution a été de supposer comme accomplie au profit d'un possesseur, une usucapion qui n'était que commencée. Il est évident, dès lors, que ce possesseur devait, avant tout, pouvoir usucaper et dans le droit romain, cela n'était permis qu'au possesseur de bonne foi.

Mais le droit moderne permet aussi au possesseur de mauvaise foi de prescrire ; il lui faut, il est vrai, un délai plus long, mais il n'en peut pas moins prescrire.

La publicienne doit, dès lors, lui être octroyée.

Cette doctrine, qui ne regarde que la tradition historique, est donc aussi unilatérale que celle de M. Laurent qui cherche ses solutions seulement dans le Code civil.

C'est là, sans doute, une influence de Pothier. En effet, les auteurs qui l'ont enseignée, vivaient à une époque où Pothier était l'autorité incontestable (à laquelle s'était déjà adressé le législateur de 1804) et à

1. Troplong, *De la vente*, t. I, 235. — *Prescription*, I, 230. — Duranton, IV, 233 et 3. — Delvincourt, t. VI, 21. — Demolombe, IX, 481. — Appleton, *De la revendication et de la publicienne en droit français* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XVIII, 1889, 375).

laquelle il fallait s'adresser encore pour les solutions des autres questions qui avaient été laissées en dehors de toute réglementation. C'est ainsi qu'ils en sont venus à admettre l'existence de la publicienne dans le droit moderne, mais alors ils se sentirent obligés de la prendre avec tous les caractères qu'elle avait dans l'ancien droit, où elle avait, du reste, gardé les mêmes caractères que dans le droit romain.

Cette doctrine était presque oubliée quand elle fut reprise par M. Appleton, qui dans son étude précitée, essaya de la ranimer.

M. Appleton se déclare, en premier lieu, partisan du système que nous indiquons un peu plus haut. Mais, comme ce système a soulevé la critique, que dans ce cas on ne ferait pas bénéficier le possesseur de mauvaise foi de la publicienne — ce qui serait manifestement illogique — M. Appleton s'empresse de répondre (1) « D'abord, en admettant qu'il y aurait des inconvénients pratiques à n'accorder au possesseur qui ne produit aucun titre que la protection des actions possessoires, il ne serait pas réduit à ce seul secours, même en admettant notre système.

» S'il ne réussit pas à prouver directement une possession trentenaire, on pourra encore admettre en sa faveur des présomptions de l'homme tendant à rendre

1. *Op. cit.*, 373.

probable cette possession de trente ans, alors surtout qu'il se trouvera en face d'un adversaire qui n'a pas une possession utile pour prescrire. »

L'opinion de M. Appleton est donc que dans le droit moderne le possesseur de mauvaise foi peut vivre sans la protection de l'action publicienne et sa situation n'en sera pas plus mauvaise. On pourrait, par suite, adopter, aujourd'hui encore sans aucune difficulté, le système de la tradition historique qui n'accordait la publicienne qu'au possesseur de bonne foi.

Mais alors de quelles présomptions de l'homme se servira le possesseur de mauvaise foi pour rendre probable une possession de trente ans à son profit ? M. Appleton nous l'expose dans les termes suivants(1).

» Rappelons-nous tout d'abord qu'en règle générale, dans la presque totalité des cas, la preuve de la propriété, c'est nécessairement la preuve de la prescription. Il faut toujours en venir là; jamais ou presque jamais on ne démontrera catégoriquement qu'on est propriétaire, si l'on ne montre pas qu'on a, par soi ou par ses auteurs, accompli la prescription.

» Par conséquent, la preuve de la propriété et celle de la prescription se confondent en pratique ».

Or, comment prouve-t-on la prescription ? Par des faits de possession. Et alors « les faits de possession

1. *Op. cit.*, 383.

allégués se prouveront naturellement par témoins : l'article 24 du Code de procédure civile dispose, en matière d'actions possessoires, que l'enquête sera ordonnée : ici nous pouvons raisonner par analogie ; il ne s'agit pas d'actes juridiques, mais de purs faits : on n'a pu d'ailleurs se procurer une preuve écrite de leur existence (art. 1348).

» Enfin, il n'est point nécessaire d'insister, puisque personne n'a jamais contesté l'admissibilité de la preuve testimoniale pour les faits de possession dont on prétend faire résulter la prescription.

» Mais, si la preuve par témoins est recevable ici, il en résulte forcément l'admissibilité de la preuve indirecte par simples présomptions de l'homme (art. 1353).

» Par conséquent, un jugement peut, en se basant sur de simples présomptions, décider que le demandeur a prescrit par lui ou par ses auteurs, et lui adjuger en conséquence la propriété. Cette décision ne pourrait d'ailleurs être censurée par la Cour suprême, puisque l'appréciation des présomptions étant entièrement abandonnée à la prudence du juge, son erreur sur ce point ne constitue qu'un mal jugé, et ne saurait ainsi donner ouverture à cassation ».

Le système de M. Appleton est ingénieux. En résumé, il est là : « La preuve de la propriété, dit-il, est la preuve de la prescription. Or, la prescription se prouve par des faits de possession, et la possession par témoins.

Mais si la preuve testimoniale est admise, la preuve par simples présomptions doit l'être aussi. Alors les simples présomptions peuvent prouver à elles seules la propriété. »

Nous croyons que ce système repose sur une confusion. En effet, si les simples présomptions sont admises, elles ne prouvent pas plus que les dires des témoins, c'est-à-dire que la possession. Or, pour que cette possession prouve réellement la propriété, il faut qu'elle ait duré trente ans. Si donc des faits de possession de moindre durée sont pris pour la preuve de la propriété, ce ne l'est que parce que celui qui fait cette preuve a déjà droit à la publicienne. Cependant, dans le système de M. Appleton, il en est admis justement le contraire, à savoir, dans l'espèce, que le possesseur de mauvaise foi n'a pas la publicienne.

C'est, je crois, que M. Appleton, partisan de la publicienne, avait perdu de vue sa thèse, que le possesseur de mauvaise foi n'a même pas besoin de la publicienne et raisonnait sur l'hypothèse où ce possesseur aussi bénéficie de cette action. Du reste, il ne doit pas tenir beaucoup à son opinion, car, quelques lignes plus loin, il accepte une transaction avec le système de MM. Aubry et Rau : « Enfin, dit-il (1), l'esprit de la législation romaine étant d'attribuer la publicienne à

1. *Op. cit.*, 373.

toute personne *in via usucapiendi*, nous resterons fidèles à l'esprit de la tradition historique en attribuant cette action au possesseur sans titre, s'il y a eu d'ailleurs une possession utile pour prescrire, puisque de nos jours, on peut prescrire sans titre. »

Par conséquent, la tentative de M. Appleton de remettre sur pied une théorie abandonnée depuis déjà longtemps, peut être considérée comme ayant échoué.

A part cela, M. Appleton approuve les décisions de la jurisprudence. Plus même : reconnaissant que ses décisions sont faiblement motivées, il nous montre sous forme d'*attendus* les considérations sur lesquelles la jurisprudence aurait dû s'appuyer pour trouver, dans la volonté du législateur, le fondement de ses solutions.

Les voilà (1) :

« En droit :

» Attendu qu'il a toujours été admis en France, jusqu'au Code civil, que le demandeur en revendication justifiait suffisamment de son droit de propriété en prouvant qu'il avait eu sur l'immeuble litigieux une possession utile pour prescrire, alors même qu'il ne serait pas démontré que cette possession ait duré pendant le temps requis pour l'acquisition de la propriété, à moins toutefois que le défendeur ne justifiât aussi d'une possession utile pour prescrire ;

1. *Op. cit.*, 382 bis.

» Attendu que le Code civil ne trace point de règles en ce qui touche la preuve de la propriété ;

» Que l'article 1315 ne parle que de la preuve des droits de créance et ne saurait être étendu à celle de la propriété, attendu qu'il n'y a aucune analogie entre les deux cas ;

» Attendu que dans le silence de la loi, le juge, non seulement autorisé, mais rigoureusement obligé à statuer malgré ce silence (art. 4), peut et doit, ainsi que cela a été reconnu par les rédacteurs de nos lois, s'inspirer des considérations d'équité, et par conséquent aussi des nécessités pratiques.

» Attendu que ces deux éléments de décision concordent pour faire admettre, en l'état de la propriété immobilière en France, qu'on ne saurait dans tous les cas exiger du demandeur la preuve rigoureuse et pour ainsi dire mathématique de son droit ;

» Attendu, d'ailleurs que le silence du code sur un point aussi important et d'une application aussi fréquente, ne peut s'expliquer que par la volonté tacite de maintenir les anciens principes résumés par Pothier, guide habituel des rédacteurs de nos lois ».

C'est la mise sous forme d'attendus des arguments qui ont été apportés en faveur de la publicienne.

Il est permis de croire, qu'en se servant de ces considérations, la jurisprudence aurait rendu impossible la critique qu'elle fait de la loi et que ses décisions sont, par suite, arbitraires.

CHAPITRE IV

CONCLUSIONS

Depuis des temps déjà très reculés, la preuve des droits réels avait nécessité une autre réglementation que celle des obligations.

Au début, obligations et droits réels devaient être prouvés de la même manière, mais cela ne dura pas longtemps. De bonne heure, même on ne put plus exiger du propriétaire la preuve complète de son droit, parce qu'il n'était plus capable, le plus souvent, de la faire. On lui vint alors en aide, car sans cela la propriété serait restée exposée aux usurpations et aux entreprises des gens malhonnêtes, et comme la preuve de la propriété se résout presque toujours en celle de la prescription, on lui dit :

« Vous ne serez plus astreint de faire la preuve que la prescription est accomplie mais seulement qu'elle est commencée. » La preuve de la propriété était ainsi sensiblement facilitée.

Mais n'aurait-on pas pu s'obstiner et dire au pro-

priétaire : ce que vous établissez là ne rend votre droit que probable et une simple probabilité n'est pas une preuve ?

Je réponds catégoriquement : non.

La marche de la civilisation avait rendu la vie plus intense, les rapports sociaux plus complexes et leur preuve plus difficile.

D'autre part, les exigences pratiques veulent que tout ce qui arrive puisse être prouvé. Alors plus les difficultés en sont grandes, moins on doit en être exigeant. C'est le bon sens qui nous impose de nous contenter de moins quand nous ne pouvons pas avoir plus.

Or, pour la question qui nous préoccupe, les besoins de la vie journalière imposaient une preuve plus facile. On a dû y satisfaire et on a pris les mesures que nous avons indiquées.

C'est le droit romain, qui, le premier, réglementa cet état de choses, d'ici ses règles passèrent dans l'ancien droit. Les mêmes nécessités de la vie pratique — même plus grandes — avaient préparé le terrain. Aussi les dispositions du droit romain furent-elles acceptées sans aucune protestation, voire même avec satisfaction. Aucun auteur ne soulève des contestations même théoriques quant aux principes avec lesquels — au dire des avocats contemporains — la pratique s'accommodait fort bien. Ces règles étaient suivies partout, dans toute la France ; elles étaient, du reste, puisées dans le droit

romain, qui était considéré comme la « meilleure raison ». Cela leur donnait encore plus de poids.

Nous atteignons ainsi le ^{xix}e siècle, avec des règles pour la preuve de la propriété qui n'avaient pas changé depuis l'époque de Cicéron !

C'est un exemple de rare force d'une institution juridique et qui met sous un beau jour l'intelligence humaine. C'est peut-être aussi l'illustration du principe que : les mêmes causes produisent les mêmes effets.

Rappelons-nous aussi que ces règles donnaient pleinement satisfaction à l'équité, puisqu'elles réservaient toujours les droits meilleurs ou plus probables.

Nous en voilà au code de 1804 !

Le code de 1804, qui, en rassemblant dans un seul tout les dispositions jusqu'alors disséminées çà et là, devait faciliter la tâche des juges, a fait, au contraire, naître un problème ardu, qui ne se posait pas avant.

Jusqu'en 1804, c'était pour le juge la liberté complète de recourir, à défaut de coutume ou de texte, à l'équité.

Après, le juge doit toujours chercher ses solutions dans le code. Mais si le législateur n'a pas parlé quant à la question qui demande à être résolue, que faut-il appliquer ?

Voilà le problème embarrassant !

La jurisprudence s'est trouvée de bonne heure amenée à prendre position dans le débat ouvert autour de la question. Et elle s'est laissée décider par l'équité.

Personnellement je pense qu'au début la jurisprudence n'était à même de justifier ses solutions d'aucune façon acceptable. Du reste, même jusqu'à présent, elle n'y a pas fait beaucoup de progrès. Mais principalement, au début, la seule raison qui l'a guidée — si ce qui suit peut s'appeler une raison — a été la longue tradition qu'elle trouvait devant elle : à savoir près de XV siècles d'application de règles importantes qui ne se trouvaient plus dans le Code. Elle a été effrayée des conséquences qu'aurait produites la décision de faire table rase de tout un passé qui avait duré si longtemps et en désespoir de cause elle décida comme la veille.

Mais elle ne se rendait pas compte qu'elle en avait le droit. Il n'y a pas un seul arrêt qui fasse mention de la tradition ou du droit qu'on avait reconnu aux juges pendant les travaux préparatoires, de recourir à défaut de texte, à la tradition historique et à l'équité. Cela prouve que ce fait n'était pas à sa connaissance, ou bien, si elle le connaissait, qu'elle n'en avait pas compris la valeur.

C'est à ce moment qu'intervint la doctrine. La doctrine, représentée par Troplong, Duranton, Delvincourt, se prononça pour la jurisprudence, mais ces auteurs, imbus de droit romain, ne regardèrent pas de très près la question ; aussi leurs opinions ne font-elles pas preuve de beaucoup de discernement. Cela n'en sert pas moins la cause de la jurisprudence, qui se voyait

soutenue par les jurisconsultes les plus en vue du temps.

Doctrine et jurisprudence étant d'accord, cette dernière ne prit plus la peine de justifier, sur le terrain des principes, ses décisions.

La question en était là quand elle fut prise en mains par M. Laurent qui essaya de lui donner le coup de grâce. Mais il ne réussit pas, parce que, bien qu'avec défauts, la jurisprudence avait aussi des qualités qu'on ne lui avait pas encore découvertes mais qu'il n'était pourtant pas trop difficile de trouver. MM. Aubry et Rau s'en mirent de la partie et devinrent les vrais défenseurs de la jurisprudence. Troplong, Duranton, Delvincourt lui avaient donné un coup de main sensible, MM. Aubry et Rau la mirent sur pied.

A partir de ce moment, la jurisprudence n'hésita plus : elle continua hardiment la voie qu'elle s'était tracée. Du reste, la partie était gagnée : les plus grandes autorités du droit du siècle avaient montré que le système adopté par la jurisprudence était le seul admissible : cette doctrine, par des arguments dont la jurisprudence ne s'est jamais servie mais qui n'en sont pas moins forts, finit par rallier tout le monde.

Ainsi l'on peut dire que la jurisprudence gagna la bataille sans coup férir.

Mais le principal est toujours que le système de la jurisprudence est bon ; il a créé pour la propriété des

garanties que le législateur de 1804 avait oublié d'établir.

Qu'a-t-elle décidé, en effet, la jurisprudence?

Elle a écarté résolument l'applicabilité dans la matière de la propriété des règles de preuve des obligations. Celles-ci ne peuvent avoir compétence que dans la matière pour laquelle elles ont été créées.

Principalement, sont hors de cause, dans la matière des droits réels, les principes suivants :

1° *Res inter alios acta...* contenu dans l'article 1165 ;

2° Le principe que le demandeur est obligé de faire la preuve complète de son droit, contenu dans l'article 1315 ;

3° Le principe que la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme ne doivent être admises que dans les litiges dont la valeur ne dépasse pas 150 francs, contenu dans l'article 1341.

Du coup, la jurisprudence débaya le terrain devant elle et eut les mains déliées pour décider en équité.

Ainsi elle décida : 1° que les actes constatant la propriété peuvent être opposés à tout le monde ; 2° que le revendiquant n'est pas tenu de l'obligation imposée par l'article 1315 de faire la preuve complète de son droit ; 3° que la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme sont admissibles, quelque soit la valeur de l'objet du procès.

Le revendiquant fut obligé seulement de rendre

probable son droit de propriété et de prouver toujours un droit meilleur que celui de son adversaire.

Enfin, elle arriva à établir l'hierarchie suivante dans ses solutions :

Le défendeur avec titre a, sauf le cas où le demandeur et le défendeur ont tous les deux des titres émanant de la même personne et où la préférence se règle d'après la priorité des transcriptions, une position invincible : personne ne peut lui enlever sa propriété.

S'il n'a pas de titre, il sera vaincu par le demandeur avec titre ayant date certaine antérieure à sa possession, mais il l'emportera sur le demandeur avec titre ayant date postérieure à sa possession.

Si le demandeur n'a pas non plus de titre, mais se prévaut de sa possession antérieure, le défendeur l'emportera s'il a aussi une possession caractérisée, mais il succombera si sa possession n'a pas ces caractères.

Si, ni le demandeur ni le défendeur n'ont une possession caractérisée, la victoire reviendra à celui qui fera valoir à son profit des faits matériels de propriété plus concluants.

Ce système de règles régit aujourd'hui la preuve de notre propriété immobilière. Grâce à lui, sans l'intervention du législateur, la propriété est assise sur des bases sûres, inébranlables, à l'abri de l'arbitraire et de la force brutale.

Ainsi, consciemment ou inconsciemment, la jurispru-

dence a rendu des services incalculables à la justice sociale.

Nous lui souhaitons qu'elle ne change plus.

Un dernier mot : Nous ne nous sommes pas occupé, au cours de cette étude, des autres droits réels que la propriété. N'est-ce pas un défaut ? Non.

La question de la preuve des autres droits réels n'a pas d'importance pratique. Depuis 1804 jusqu'à présent, il ne s'en est pas présenté un seul cas.

Mais, quand même il s'en présenterait un, les principes qui régissent la propriété suffisent pour régler aussi les autres conflits.

Dans le droit romain, la publicienne régissait la preuve de tous les droits réels. Depuis, aucun fait n'est venu contester cette doctrine.

Les développements que nous avons consacrés à la publicienne doivent donc être considérés comme communs à la propriété et à ses démembrements, qui constituent autant de droits réels.

Vu : le Président de thèse,

PLANIOL

Vu : le Doyen,

CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,

LIARD

